

DANIEL CESAR FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO TENDO COMO BASE DE
PARAMETRICIDADE OUTROS INTEGRANTES DO BLOCO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

DANIEL CESAR FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO TENDO COMO BASE DE
PARAMETRICIDADE OUTROS INTEGRANTES DO BLOCO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia, *Campus* de Cacoal, como um dos requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito, realizada sob a orientação do professor Mestre Francisco José Garcia Figueiredo.

PARECER DE ADMISSIBILIDADE DO PROFESSOR (A) ORIENTADOR (A)

O acadêmico Daniel Cesar Ferreira desenvolveu o trabalho **CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO TENDO COMO BASE DE PARAMETRICIDADE OUTROS INTEGRANTES DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE**, obedecendo aos critérios do Projeto de Monografia apresentado ao Departamento de Direito na Fundação Universidade Federal de Rondônia-UNIR, *campus* de Cacoal/RO, bem como às normas da ABNT.

O acompanhamento foi efetivo, tendo o desenvolvimento do trabalho observado os prazos fixados pelo Departamento de Direito.

Assim sendo, o acadêmico está apto para a apresentação expositiva da Monografia, junto a Banca Examinadora.

Cacoal/RO, 21 de Agosto de 2006.

Prof. Ms. Francisco José Garcia Figueiredo

Orientador

DANIEL CESAR FERREIRA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO TENDO COMO BASE DE
PARAMETRICIDADE OUTROS INTEGRANTES DO BLOCO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

AVALIADORES

_____ Primeiro avaliador	_____ Nota
_____ Segundo avaliador	_____ Nota
_____ Terceiro avaliador	_____ Nota
_____ Média	

Dedico este estudo a DEUS,
assim como a minha vida.

Agradeço a JESUS CRISTO,
a pessoa mais inteligente que conheci.

“Como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística, para o caso concreto. Somente após recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio.”

Min. Marco Aurélio STF, AOE n.º 13-0-DF

RESUMO

Para a fiscalização da constitucionalidade os juízes atuam limitados por um parâmetro de constitucionalidade, ou seja, por um conjunto de normas de valor constitucional, formando, assim, o bloco de constitucionalidade, expressão que teve sua origem na construção doutrinária dos administrativistas franceses em uma decisão em 1971 que estabeleceu as bases do valor jurídico do preâmbulo da Constituição Francesa de 1958. A teoria do bloco de constitucionalidade traduz-se na possibilidade de considerar a constituição como um bloco dotado materialmente de constitucionalidade, assim integrada por normas, valores e princípios, encontrados até mesmo fora do texto constitucional. No Brasil, a teoria do bloco de constitucionalidade rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal ganha novos ares com a Emenda Constitucional n.º 45/04, que estabeleceu o valor constitucional dos tratados internacionais que tratam de direitos humanos, tornando-a uma realidade inabalável. Dessarte, com a Emenda Constitucional n.º 45/04, com a exaltação da decisão de 1971 e com um despacho proferido pelo Ministro Celso Melo que descreve os elementos para a determinação do paradigma de confronto, a teoria do bloco de constitucionalidade é visualizada no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, quais os elementos integrantes do bloco de constitucionalidade na ordenança brasileira? Várias hipóteses foram aqui estudadas: com a “exportação” dessa teoria e atento à nossa realidade, visualizou-se alguns parâmetros por meio do qual o órgão que realiza o controle abstrato de constitucionalidade deve observar. Não há criação doutrinária nacional consolidada a respeito dos integrantes do bloco de constitucionalidade, mas apenas alguns escassos artigos publicados na rede mundial. Foi dentro desse contexto que se analisou detidamente, as questões da parametricidade indireta, da parametricidade do direito suprapositivo, da parametricidade dos direitos fundamentais, da parametricidade interposta, da parametricidade mista e da parametricidade subsidiária, à luz do direito como fenômeno global, do direito como realidade de “mitos” dos povos e da produção jurisprudencial da Corte Constitucional. A partir dessa (nova) hermenêutica, a Constituição mostra-se como sendo o resultado de sua interpretação. Revela-se em um intertexto aberto capaz de formar um bloco de matéria constitucional. Se em primeira medida seu texto foi elevado à categoria de Lei Fundamental devido à ocasião de ser fruto de um poder constituinte, assim como outras Constituições Republicanas, em segunda medida essa Lei Fundamental é a aspiração de um processo constituinte capaz de transfigurar ao tempo, sem perder seu “espírito” para um sempre constituir. A essência, portanto, da Constituição não é fruto de um poder

constituente, pois esse é causador de seu desviacionismo, tornando-a inúmeras vezes o meio de satisfazer interesses de alguns. Logo “jogada fora” após uma ou mais utilizações. Deve, ao contrário, ser vista, como um espectro de luz absorvente dos valores sociais e políticos que gravita em torno de outras galáxias do saber humano, não estando diluída em teorias abstratas que esquecem o lugar das coisas e o mundo dos homens.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Abstrato. Bloco. Parâmetro.

RESUMEN

Para la fiscalización de la constitucionalidad el acto de los jueces está limitado por un parámetro de la constitucionalidad, es decir, por un sistema de normas de valor constitucional, formando, así, el bloque de la constitucionalidad, expresión que tenía su origen en la construcción doctrinal de los especialistas franceses en derecho administrativo en una decisión en 1971 que estableció las bases del valor legal del preámbulo de la constitución francesa de 1958. La teoría del bloque de la constitucionalidad traduce la posibilidad de considerar la constitución como un bloque dotado materialmente con constitucionalidad, así integrado por normas, valores y principios, encontrados aun cuando ésta fuera del texto constitucional. En el Brasil, la teoría del bloque de la constitucionalidad rechazado por el tribunal supremo de la corte federal se ventila mejor con la Enmienda constitucional n.º 45/04, que estableció el valor constitucional de los tratados internacionales que se ocupan de derechos humanos, convirtiéndose en él una realidad inabordable. De esta manera, con la Enmienda constitucional n.º 45/04, con el estremecimiento de la decisión 1971 y con una expedición pronunciaron para el ministro Celso Melo que describe los elementos para la determinación del paradigma de la confrontación, la teoría del bloque de la constitucionalidad se visualiza en el sistema legislativo brasileño. ¿Pero, cuáles son los elementos integrantes del bloque de la constitucionalidad en la ordenanza brasileña? Algunas hipótesis aquí habían sido estudiadas: con la “exportación” de esa teoría y atenta a nuestra realidad, se visualizó algunos parámetros por medio de los cuales la agencia que lleva el control abstracto de la constitucionalidad debe observar. No tiene creación nacional doctrinaria consolidada con respecto a los integrantes del bloque de la constitucionalidad, sino solamente algunos artículos escasos publicados en la red mundial. Fue dentro de ese contexto que se analizó detenidamente, las cuestiones de la parametricidad indirecta, de la parametricidad de la ley positiva, la parametricidad de los derechos fundamentales, de la parametricidad interpuesta, de la parametricidad mixta y de la parametricidad subsidiaria, a la luz del derecho como fenómeno global, del derecho como realidad del “mito” de los pueblos y la producción jurisprudencial de la corte constitucional. De esta (nueva) hermeneútica, la constitución revela como siendo el resultado de su interpretación. Demostraciones en un Intertexto abierto capaz de formar un bloque de materia constitucional. Si en la primera medida su texto fue elevado a categoría de la ley orgánica debido a que tuvo la ocasión de ser fruto de un poder constituyente, también como otras constituciones republicanas, en la segunda medida esa ley orgánica es la aspiración de un proceso

constituyente capaz de transfigurar al tiempo, sin perder su “espíritu” siempre para constituir. La esencia, por lo tanto, de la constitución no es fruto de un poder constituyente, pues esta es el causador de su desviacionismo, convirtiéndose innumerables veces la manera de satisfacer intereses de algunos. Pronto el “juego está fuera” después de utilizarlo una o más veces. Debe, en cambio, ser visto, como espectro de la luz absorbente de los valores políticos y sociales que gravitan alrededor de otras galaxias del saber humano, no siendo diluida en teorías abstractas que olvidan el lugar de las cosas y el mundo de los hombres.

Palabras-claves: Constitucionalidad. Ebstracto. Bloque. Parámetro.

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS	14
INTRODUÇÃO	15
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	
1.1 Conceito.....	18
1.2 Breve histórico	20
1.3 Espécies de controle de constitucionalidade	24
1.3.1 Em relação ao momento.....	24
1.3.2 Em relação ao órgão competente (sistemas de controle)	25
1.3.3 Formas de controle.....	27
1.3.3.1 O controle formal	27
1.3.3.2 O controle material	29
1.4 Atuais espécies de controle de constitucionalidade no direito brasileiro.....	30
1.4.1 Intróito.....	30
1.4.2 Controle preventivo de constitucionalidade	31
1.4.3 Controle repressivo de constitucionalidade	34
1.4.4 Controle judicial de constitucionalidade: breve exposição acerca do controle concreto (difuso)	39
2 CONTROLE JUDICIAL ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	

2.1 Considerações gerais.....	44
2.2 Desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência brasileira	48
2.3 O controle abstrato de normas na constituição de 1988.....	50
2.4 Atuais espécies de ações do controle judicial abstrato de	
 constitucionalidade	51
2.5 Objeto do controle abstrato de constitucionalidade	56
2.5.1 Disposição, norma e “direito vivente”	56
2.5.1.1 No direito comparado	59
2.5.1.2 Objeto do controle de constitucionalidade	60
2.5.2 Objeto da ação direta (ADIn)	61
2.5.3 Objeto da ação direta por omissão (ADInO)	64
2.5.4 Objeto da ação declaratória (ADC)	65
2.5.5 Objeto da arguição de descumprimento de preceito	
fundamental (ADPF)	66
 3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE	
3.1 Conceito.....	72
3.2 Breve histórico: o direito comparado	74
3.3 O bloco de constitucionalidade na ordem brasileira.....	79
3.3.1 Introdução.....	79
3.3.2 Elementos: material e temporal	81
 4 DETERMINAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE OU DO	
PARÂMETRO DE CONTROLE ABSTRATO	
4.1 Considerações iniciais	83
4.2 Parametricidade indireta	85
4.3 Parametricidade do direito suprapositivo	87
4.4 Parametricidade dos direitos fundamentais.....	91
4.4.1 Tratados sobre direitos humanos (Emenda Constitucional n.º. 45/04) ..	92
4.5 Parametricidade interposta	96
4.5.1 No direito alienígena	97
4.5.2 No direito brasileiro	98
4.5.3 Da possibilidade jurídica da ocorrência de normas interpostas.....	103

4.6 Parametricidade mista.....	105
4.7 Parametricidade subsidiária	115
4.7.1 A utilização do parâmetro subsidiário na jurisprudência do STF	119
 CONCLUSÃO	 122
 REFERÊNCIAS	 126
 ANEXOS	 133

LISTA DE FIGURAS

Modelo I

Parametricidade direta da Constituição.....84

Modelo II

Parametricidade indireta da constituição86

Modelo III

Parametricidade suprapositiva 1

Visão sob a ótica de OTTO BACHOF90

Modelo IV

Parametricidade suprapositiva 2

Visão sob a ótica de J. J. GOMES CANOTILHO90

Modelo V

Parametricidade dos direito fundamentais

Tratados sobre direitos fundamentais (EC 45/04)96

Modelo VI

Parametricidade interposta 1..... 104

Modelo VII

Parametricidade interposta 2..... 104

Modelo VIII

Parametricidade mista..... 114

Modelo IX

Parametricidade subsidiária 121

INTRODUÇÃO

Deve haver mais de duas dezenas de livros bons explicando o que é e como funciona o controle de constitucionalidade no Brasil. Nesta pesquisa, o controle de constitucionalidade é analisado desde seu nascedouro ao compasso do já reinante constitucionalismo, com vistas ao controle abstrato de constitucionalidade desde seu desenvolvimento pela jurisprudência brasileira até a sua consagração na atual Constituição, que promoveu sua ampliação tanto na dimensão subjetiva (legitimidade ativa) quanto na instrumental (surgimento de novas modalidades de ações, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental) e, ainda, na processual-objetiva (ao consagrar, em boa medida, diretrizes processuais do controle abstrato).

Esta monografia, portanto, quando alude ao controle de constitucionalidade abstrato tendo como base de parametricidade outros integrantes do bloco de constitucionalidade, considera os atuais integrantes do bloco de constitucionalidade a Constituição, os princípios implícitos e os tratados internacionais sobre direitos humanos que adquirem *status* constitucional, formando o denominado bloco de constitucionalidade em sentido restrito.

Nessa linha, toma-se a teoria do bloco de constitucionalidade como uma realidade do ordenamento brasileiro que teve origem na doutrina francesa, com a possibilidade de alargamento dos preceitos constitucionais, por meio da ampliação do parâmetro de confronto do controle abstrato. Assim, analisa-se o parâmetro de constitucionalidade, divisando o parâmetro direto do indireto (questão da

ilegalidade), do suprapositivo (princípios implícitos e norma supraconstitucional), dos direitos humanos (tratados sobre direitos humanos), do interposto (ampliação do bloco de constitucionalidade, com ato normativo infraconstitucional, ainda que “interposto”), do misto (compreendendo no parâmetro do controle tanto elementos normativos como factuais) e do subsidiário (com sua operação “triangular”, como ocorre com as constituições estaduais e com os costumes constitucionais).

Mais importante que uma Constituição para um ordenamento jurídico é a definição do que é Constituição. Procura-se definir uma constituição – a da República federativa do Brasil; uma realidade – a sociedade para a qual foi dirigida; um meio – os parâmetros do controle abstrato de constitucionalidade; um instituto de definição – a jurisprudência da Corte Constitucional; uma consciência crítica – e não meros oficiais de diligências jurídicas e, por fim, utiliza-se uma base teórica solidamente construída para delinear em linhas jurídicas firmes.

Em uma abordagem indutiva, utiliza-se como forma de exteriorização desse raciocínio o procedimento monográfico. Para tanto, divide-se o trabalho em cinco capítulos, a saber:

No primeiro capítulo aborda-se a base histórica e as espécies de controle de constitucionalidade, tecendo em seguida um estudo do controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, com uma breve exposição acerca do controle concreto. Objetiva-se neste capítulo o entendimento da sistemática do controle de constitucionalidade como fenômeno global do constitucionalismo, para em seguida, poder fazer um desdobramento lógico na compreensão do tema.

No segundo capítulo pormenoriza-se a espécie de controle de constitucionalidade abstrato no direito brasileiro, elucidando suas espécies, analisando seu objeto e estudando seu desenvolvimento pela jurisprudência e doutrina até sua consagração na atual Constituição. Objetiva-se traçar, nesse capítulo, um panorama do desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil.

No terceiro capítulo, conceitua-se a teoria do bloco de constitucionalidade, estudando-a em seu nascedouro, para depois estudá-la na ordem brasileira. Com o fim de angariar subsídios teóricos da teoria do bloco de constitucionalidade para identificá-la no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no quarto e último capítulo, dispõe-se ao estudo detido dos possíveis elementos integrantes do bloco de constitucionalidade na ordenança brasileira, conceituando e analisando com recursos de esquemas gráficos.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 Conceito

Etimologicamente, a expressão “controle”, segundo ARAGÓN, provém do termo latim-fiscal medieval *contra rotulum*, e daí passou ao francês *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, “contralivro”, ou seja, o livro-registro por meio do qual se contrastava a veracidade dos registros feitos em outros livros fiscais.¹

A expressão controle, no vernáculo, tem múltiplas acepções, quase sempre ligadas à noção de “monitoração”, “fiscalização”.² Contudo, a despeito da polissemia que o vocábulo assume, o significado dele guarda sempre alguma relação com a questão da existência de limites. E, para que sejam racionalmente controlados é preciso que esses limites estejam, de alguma forma, preestabelecidos.³

No que interessa ao presente estudo, tais limites estão fixados pelas normas constitucionais. Nessa perspectiva, os limites que se controlam têm relação com a supremacia da constituição no ordenamento jurídico e com a imposição de pressupostos e condições ao exercício do poder. Conforme LOEWENSTEIN, se a finalidade das constituições escritas é limitar a concentração de poder absoluto nas

¹ ARAGÓN, Manuel. *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 121. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=288>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

² Cf. verbete Controle. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles de. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 825.

³ BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle de Constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 18-19.

mãos de um único detentor, os diversos órgãos estatais aos quais se distribui o exercício do poder vêm-se constitucionalmente obrigados a cooperar na formação da vontade estatal.⁴

O controle de constitucionalidade, visto em um ordenamento jurídico que tem a constituição como norma fundamental, converte-se no veículo pelo qual se tornam efetivas as exigências traçadas pelo constituinte à regularidade dos atos praticados por indivíduos ou entidades que devem obediência às normas constitucionais.⁵

Nessa perspectiva, há vários tipos de controle dos limites estabelecidos na Constituição. Segundo HUERTA OCHOA, a diversidade dos meios de controle da constitucionalidade decorre de múltiplas razões, as quais tomam em consideração desde o modo em que ele é exercido, passando pelo objeto suscetível de controle, até os sujeitos ou órgãos que realizam a função controladora.⁶

Nesse ponto, BERNARDES afirma que

o controle de constitucionalidade é o conjunto de mecanismos dispostos para garantir a supremacia constitucional por meio da identificação e eventual reparação de condutas incompatíveis a determinadas normas constitucionais.⁷

O controle de constitucionalidade pode ser realizado por diversas formas, tornando infecunda a tarefa de conceituá-lo em toda sua extensão. Por isso, rebatendo tentativas das mais respeitáveis de estabelecer unidade conceitual ao tema, propõe ARAGÓN pluralidade de conceitos a respeito do controle de constitucionalidade (ainda que mantida a respectiva inter-relação com a questão dos

⁴ LOEWENSTEIN, 1976, p. 232 *apud* BERNARDES, 2004, p. 19.

⁵ BERNARDES, *op. cit.*, p. 19.

⁶ HUERTA OCHOA, Carla. *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*. 2. ed. México: Univesidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 41-42. Disponível em: <<http://bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=158>>. Acesso em: 19 de abr. 2006. LOEWENSTEIN, por exemplo, concedeu classificação baseada na forma de interação entre os órgãos detentores do poder e as forças sociais (LOEWENSTEIN, 1976, p. 232 *apud* BERNARDES, 2004, p. 20). Dessa maneira, haveria um controle intra-órgãos, operante dentro da organização de um mesmo detentor de poder. Esses dois tipos de controle formariam o controle horizontal. Porém, existiriam ainda mecanismos de controle vertical, os quais seriam exercidos pela totalidade dos detentores de poder estabelecidos constitucionalmente e por todas as outras forças sociopolíticas da sociedade estatal. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 20, rodapé).

⁷ *Op. cit.*, p. 20.

limites decorrentes do Estado constitucional).⁸ Dessa forma, este estudo abster-se-á de querer englobar a integralidade das modalidades de controle de constitucionalidade num único conceito. Daí por que aqui serão apenas tratadas características delas, sem a pretensão de reuni-las sob mesma conceituação.

1.2 Breve histórico

O controle de constitucionalidade está ligado aos movimentos constitucionalistas modernos que estabeleceram a noção de constituições rígidas a partir de meados do século XVIII. Entre os objetivos desses movimentos foi o de idealizar nova forma de ordenação, fundamentação e limitação do poder político por meio de documento escrito, tornando-se necessária a distinção entre poder constituinte e poderes constituídos.⁹ Desse modo não poderiam conceder imutabilidade à constituição, mas também não concordavam que ela pudesse ser alterada conforme os mesmos ritos da legislatura ordinária, pois, nesse caso, pouco adiantaria distinguir entre poder constituinte e poderes constituídos. A solução foi prever processo especial mais árduo de revisão das normas constitucionais, sendo esse o cerne do conceito de constituições rígidas,¹⁰ quando contraposto ao das constituições flexíveis.¹¹ E uma vez assentada a idéia de que ela provém de poder constituinte superior às demais, emerge daí necessária relação de supremacia entre normas constitucionais e infraconstitucionais.

Surgiu assim o problema da defesa da supremacia inerente às constituições rígidas. Pois mesmo dispondo de mecanismos que impediam a substituição ou dificultassem a modificação formal do texto constitucional, para que vigorasse o

⁸ ARAGÓN, 2002, p. 129.

⁹ Deve-se ao padre EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS, autor do célebre opúsculo *Qu'est-ce que lê Tiers État?* a primeira distinção entre poder constituinte e poder constituído (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 151). Sobre o pensamento de SIEYÈS, cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Bushatsky, Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 11 e segs.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 267.

¹¹ Com referência às constituições flexíveis, a desconformidade entre elas e a legislação seria sempre resolvida pela adoção do critério da *lex posterior derogat priori* em favor da norma legal, inviabilizando qualquer modalidade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos. Cf., entre outros, Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 256.

princípio da supremacia,¹² era preciso que as condutas contrárias à constituição não produzissem os exatos efeitos que normalmente produziriam. Ou a constituição impedia que a lei contrastasse com suas prescrições, ou se deveria admitir que a constituição pudesse ser modificada pelo legislador ordinário.

Entretanto, se a constituição é obra de poder constituinte que se sobrepõe aos demais, surgindo conflito entre norma constitucional e norma legislativa, a única solução que se concilia com o primeiro postulado é dar prevalência ao comando da constituição. Logo, além dos mecanismos especiais de revisão, a garantia da supremacia da constituição deve contar com a possibilidade de depreciação da capacidade de conformação jurídica decorrente de condutas inconstitucionais.¹³ Com base nessas premissas, bem como na crescente demanda de racionalização da esfera política, nasceu o **controle de constitucionalidade**.

Dessarte, o controle de constitucionalidade dos atos normativos tem por pressupostos a supremacia da constituição e a idéia da limitação dos poderes estatais. Apesar de extremamente lógica, tal ligação só veio à baila com ALEXANDER HAMILTON, no *Federalista* n. 78¹⁴, um dos escritos publicados por oportunidade dos debates para referendar o texto da Constituição norte-americana de 1787, se antecipou à idéia de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, em texto que se tornou clássico:

Alguma perplexidade quanto ao poder dos tribunais de pronunciar a nulidade de atos legislativos contrários à constituição tem surgido, fundada da suposição de que tal doutrina implicaria na superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Afirma-se que a autoridade que pode declarar os atos

¹² O princípio da supremacia da constituição, fenômeno que pode ser resumido, na esteira de KELSEN, como a particular relação de supra e infra-ordenação em que se encontram as normas dentro de determinado ordenamento jurídico, figurando a constituição como a respectiva norma fundamental. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 11). Ressalte-se que, pela doutrina positivista, se a norma fundamental “pressuposta” é ficção criada para servir de base última da validade lógico-formal das normas jurídicas, não se deve confundi-la com a constituição em si, pois esta é um dos tipos de norma a buscar fundamento naquela. Aceita-se que a constituição seja a norma fundamental do Estado a que pertence, mas isso não retira da norma fundamental pressuposta a primazia, embora fictícia, de ser fonte da validade de todas as normas do ordenamento estatal, inclusive da própria constituição.

¹³ SOUSA, 1988, p. 19 *apud* BERNARDES, 2004, p. 13.

¹⁴ O *Federalista* (no original, *The Federalist*) reúne um conjunto de ensaios numerados, escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York durante os debates sobre a ratificação da Constituição aprovada em 1787, pela Convenção de Filadélfia. Tais textos explicavam o conteúdo da Constituição e defendiam sua ratificação.

da outra nulos deve ser necessariamente superior àquela cujos atos podem ser declarados nulos. [...]

Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...]

A presunção natural, à falta de norma expressa, não pode ser a de que o próprio órgão legislativo seja o juiz de seus poderes e que sua interpretação sobre eles vincula os outros Poderes. [...] É muito mais racional supor que os tribunais é que têm a missão de figurar como corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, dentre outras razões, para assegurar que este último se contenha dentro dos poderes que lhe foram deferidos. A interpretação das leis é o campo próprio e peculiar dos tribunais. Aos juízes cabe determinar o sentido da Constituição e das leis emanadas do órgão legislativo.

Essa conclusão não importa, em nenhuma hipótese, em superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Significa, tão-somente, que o poder do povo é superior a ambos; e que onde a vontade do Legislativo, declarada nas leis que edita, situar-se em oposição à vontade do povo, declarada na Constituição, os juízes devem curvar-se à última, e não à primeira.¹⁵

Mas antes disso, a supremacia do parlamento já havia sofrido reveses, como no caso do médico Bonham (1610), em que o juiz inglês EDWARD COKE firmou entendimento de que a lei não poderia estar em contradição com a *natural equity*.¹⁶ Outrossim, na fase colonial americana, por ensejo do *Writs of Assistance Case* (1761), argumentos do juiz JAMES OTIS assentaram razões jurídicas superiores pelas quais se deveriam considerar inválidas medidas legislativas fiscais adotadas contra colonos.¹⁷

Entretanto, tais pronunciamentos atrelavam-se à noção da existência de um direito fundamental mais alto (*higher law*), numa concepção derivada da atribuição de ascendência ao direito natural em face do direito positivo.¹⁸ Assim, o caráter inquestionável da soberania do parlamento, no ordenamento positivo, só vai mesmo desaparecer depois de consagrada a constituição escrita como parâmetro normativo superior que decide a validade das leis parlamentares. Daí o teor original da idéias que influenciaram a elaboração da Constituição americana.

Em resumo, o pensamento de HAMILTON embasou-se nas seguintes premissas: a) diferenciação qualitativa entre a vontade do povo, materializada na Constituição (norte-americana), e a vontade do legislativo; b) é função do judiciário

¹⁵ HAMILTON, Hamilton; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução e prefácio: Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: Russell Editores, 2005, p. 469

¹⁶ BERNARDES, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷ ENTERRÍA, 1985, p. 51 *apud* BERNARDES, 2004, p. 21.

¹⁸ ENTERRÍA, 1985, p. 51 *apud* BERNARDES, 2004, p. 21.

interpretar a lei; c) a Constituição é a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes; e d) havendo conflito entre lei e a Constituição, esta deve prevalecer.¹⁹

Na França, em tempos vizinhos, chegou-se a positivar mecanismos de controle de constitucionalidade. Por meio da proposta de uma *Jurie Constitutionaire*, concebeu SIEYÈS a criação de conselho de cidadãos eméritos que detivesse poder denunciar as irregularidades e subtrair os efeitos dos atos inconstitucionais. A sugestão foi repelida pela Assembléia Constituinte de 1795, mas logrou parcial acolhimento na Constituição do Ano VIII, de 1799, que criou um “Senado Conservador” incumbido do controle de constitucionalidade.²⁰ Assim, nos dizeres de BONAVIDES, “a experiência contudo malogrou. Teve o órgão existência servil e efêmera; dobrou-se sempre à vontade de Napoleão, sem jamais desempenhar a função que lhe fora constitucionalmente cometida.”²¹

Foi realmente na Suprema Corte americana, com o famoso caso William Marbury vs. James Madison (1803), num esforço de JOHN MARSHALL, que de fato vingou a tese do controle de constitucionalidade das leis. Essa, segundo CAPPELLETTI, a primeira vez que se decidiu, “em clara voz”, em prol do princípio segundo o qual uma lei que contraria a constituição é ato sem valor.

Sem qualquer menção expressa ao escrito de HAMILTON, essa foi a linha de entendimento seguida por JOHN MARSHALL, Presidente (*Chief Justice*) da Suprema Corte, ao relatar e decidir o caso em 1803. Ao fundamentar aquela que é, provavelmente, a mais célebre decisão judicial de todos os tempos, fundou-se ele nas razões que a seguir se sintetizam:

É evidente atribuição e dever do Poder Judiciário dizer o direito. E aqueles a quem compete aplicar uma regra a casos concretos devem, necessariamente, interpretar esta regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais devem decidir sobre a incidência de cada uma.

Então, se uma lei estiver em oposição à constituição; se ambas se aplicam a um determinado caso, exigindo que o tribunal decida ou de acordo com a lei, sem atenção à constituição, ou na conformidade da constituição, sem atenção a lei, cabe ao tribunal determinar qual destas regras conflitantes se aplica ao caso. Esta é a essência da função judicial.

¹⁹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 22.

²⁰ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 11 e segs.

²¹ *Op. cit.*, p. 271.

Se, então, os tribunais devem observar a constituição e a constituição é superior a qualquer lei ordinária emanada do Legislativo, a constituição, e não a lei ordinária, é que deve reger o caso ao qual ambas se aplicam. [...] Assim, a particular fraseologia da constituição dos Estados Unidos confirma e fortalece o princípio, que se supõe essencial a todas as constituições escritas, de que toda lei contrastante com a constituição é nula.²²

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita, um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.²³

Com base nesses sistemas jurídicos adotados pelos diversos ordenamentos para a garantia da supremacia da Constituição, ALEXANDRE DE MORAES classifica-os como modelos clássicos de controle de constitucionalidade, tendo então, o modelo norte-americano, modelo francês e o modelo austríaco.²⁴

1.3 Espécies de controle de constitucionalidade

1.3.1 Em relação ao momento do controle

Em relação ao momento em que é deflagrado, o controle de constitucionalidade poderá ser preventivo ou repressivo.

²² 5U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Texto traduzido por BARROSO, *op. cit.*, p. 167.

²³ KELSEN. *Teoria pura...*, 2000, p. 235.

²⁴ Louis Favoreu aponta que “a diversidade de organização da justiça constitucional é muito grande; sem embargo disso, os diferentes sistemas podem reagrupar-se basicamente em grandes modelos: Ou se confia a justiça constitucional ao ordenamento jurídico ordinário, sempre dependendo de um Tribunal Supremo, conforme o chamado modelo americano, ou se atribui à justiça constitucional a uma jurisdição especialmente constituída para esse fim, cujo primeiro exemplo foi o Tribunal Supremo Constitucional da Áustria. Sem embargo e por cima dessas diferenças, há que se ressaltar que na medida em que no primeiro modelo, os litígios constitucionais chegam ao Tribunal Supremo – e inclusive em algumas ocasiões são dirigidos diretamente a eles, o problema do estatuto e do lugar dos juizes constitucionais em sistema político se coloca do mesmo modo em ambos os modelos” (Informe general introductorio. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 22). Conferir ainda: MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 582.

Ocorrerá o controle de constitucionalidade **preventivo** quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes da norma estar pronta e acabada. Portanto, esse controle visa evitar que alguma norma maculada pela eiva da inconstitucionalidade ingresse no ordenamento jurídico.²⁵ Logo no momento da apresentação de um projeto de lei, o iniciador, a “pessoa” que deflagrar o processo legislativo, em tese, já deve verificar a regularidade material do aludido projeto de lei.

Ocorrerá o controle de constitucionalidade **repressivo** quando a fiscalização da validade da norma ocorrer depois que essa estiver pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico. Portanto, esse controle tem por objetivo apreciar a constitucionalidade do ato inconstitucional em data posterior à respectiva edição.²⁶

1.3.2 Em relação ao órgão competente (sistemas de controle)

Cada ordenamento constitucional é livre para outorgar a competência para controlar a constitucionalidade das leis ao órgão que se entenda conveniente, de acordo com suas tradições.

Há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto.

O **sistema de controle político**²⁷ é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgão de natureza política.²⁸ Ou como menciona VICENTE PAULO E MARCELO ALEXANDRINO, é quando a constituição outorga competência

²⁵ Cf. CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, 4:35.

²⁶ É o caso, em regra, do controle de constitucionalidade judicial no Brasil, que pressupõe a existência de uma norma já elaborada, pronta e acabada, inserida no ordenamento jurídico.

²⁷ O País onde tal controle primeiro floresceu foi a França, que o viu nascer da obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa: o jurista SIEYÈS. Com propor ele um mecanismo político de controle, cuidava interpretar e remediar o sentimento nacional de desconfiança contra os tribunais do *ancien régime*. No Ano III trazia SIEYÈS à Convenção o seu projeto de criação de um “*Jurie Constitutionaire*”, de natureza representativa, dotado de competência para anular leis e julgar reclamações contra atos inconstitucionais. (Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 270-272)

²⁸ Grifo nosso. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49.

para a fiscalização da validade das leis a órgão estranho ao Poder Judiciário,²⁹ tais como: o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa no século passado; ou um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da ex-União Soviética³⁰ e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).³¹

O **sistema de controle judicial** é quando a Constituição outorga a competência para declarar a inconstitucionalidade das leis aos órgãos integrantes do Poder Judiciário.³² É a regra adotada pelo Brasil, como veremos alhures neste trabalho. Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, é esse o sistema generalizado hoje em dia, denominado *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, consistindo na “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais.”³³

Desde a célebre sentença do juiz Marshall na questão constitucional *Marbury v. Madison*, como detalhadamente exposto neste trabalho, a fórmula do controle judiciário se desenvolveu com uma extraordinária importância para o controle de constitucionalidade, apesar das graves objeções relativas à preservação de princípios básicos, como os da separação e igualdade de poderes. Enquanto que há

²⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Controle de constitucionalidade*. 3.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 15.

³⁰ Constituição da URSS, art. 121, n. 4.

³¹ Itálico do autor. SILVA. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 49.

³² De acordo com PAULO BONAVIDES, este segundo sistema ou técnica de controle da constitucionalidade da lei, produz um grave problema teórico, decorrente de o juiz ou tribunal investido nas faculdades desse controle assumir uma posição eminentemente política. (*Op. cit.*, p. 272). JULIANO TAVEIRA BERNARDES, que esclarece quanto à importância de não confundir aqui o modo de controle com o órgão que o exerce. Pois, convivem modos **não-institucionalizados** e modos **institucionalizados de controle**, subdividindo-se estes em controle dos tipos políticos e jurídicos. Dessa forma, o controle judicial é típico controle de constitucionalidade institucionalizado jurídico. Mas é jurídico o controle feito por órgãos judiciais, pois é jurídico o parâmetro utilizado e é jurídica a racionalidade por meio da qual de efetiva; não porque haja necessária relação entre o modo jurídico de fazer controle institucionalizado e a respectiva atribuição somente a órgãos judiciais. Disso decorre, portanto, que órgãos não judiciais podem realizar controle jurídico, desde que operem conforme parâmetros normativos objetivos, numa racionalidade igualmente jurídica. Cabe ainda extremar controle judicial de controle jurisdicional. Para haver controle de constitucionalidade do tipo judicial, basta seja exercido por órgão judicial (integrante da estrutura do Judiciário). No entanto, controle jurisdicional é aquele realizado por órgão judicial, mas no desempenho de autêntica atividade jurisdicional. Consoante elementos e princípios próprios, e por meio de decisões que não podem ser revistas por quaisquer das outras funções estatais. (*Op. cit.*, p. 39).

³³ *Op. cit.*, p. 49.

publicistas obstinados à tese da inteira neutralidade de procedimento jurisdicional, vêem no controle uma aferição estritamente jurídica dos atos inconstitucionais.³⁴

Dentro do controle judicial, em razão das formas diferentes pelas quais se suscita a atividade do Poder Judiciário, em regra inerte, é forçoso distinguir entre a **via de defesa** (difuso) e a **via de ação** (abstrato). Quanto ao primeiro, conferir item 1.4.4 e quanto ao segundo, conferir item 2.

Poderá também a Constituição outorgar a competência para a fiscalização de algumas normas a um órgão político e de outras ao Poder Judiciário, consubstanciando o denominado controle de constitucionalidade **misto**.³⁵

1.3.3 Formas de controle

1.3.3.1 O controle formal

Segundo essa teoria o controle de constitucionalidade formal constituiria uma realidade unicamente jurídica. Diferente, portanto, do controle de constitucionalidade material, que poderia causar confusão quando do momento de estabelecimento de limites aos temas políticos inerentes a si.

Nesse sentido, é de se verificar o pensamento de PAULO BONAVIDES:

O controle formal é, por excelência, um controle estritamente *jurídico*. Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais

³⁴ Faço menção ao assentimento de PAULO BONAVIDES, onde expõe não haver dúvida de que, exercido no interesse dos cidadãos, o controle jurisdicional se compadece melhor com a natureza das Constituições rígidas e sobretudo com o centro de sua inspiração primordial – a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis. Assim defende o referido autor: a introdução do sobredito controle no ordenamento jurídico é coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis (*Op. cit.*, p. 272).

³⁵ Exemplo citado pela doutrina é a Suíça, em que as leis nacionais submetem-se a controle político e as leis locais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário.

respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.³⁶

“O controle, que é de feição técnica, está volvido assim para aspectos tão-somente formais [...]”.³⁷

O controle formal se refere “ao ponto de vista subjetivo, ao órgão de onde emana a lei”.³⁸ O órgão controlador examina aí formalidades relativas, por exemplo, à harmonia da colaboração do Parlamento com o Governo ao elaborarem a norma; não examina as decisões.³⁹

Pode-se observar, dessa forma, que, por não analisar o conteúdo da norma, estando ligado apenas a aspectos formais, o controle de constitucionalidade formal possuiria uma natureza estritamente jurídica. Como afirmou RUI BARBOSA, “[...] o controle de constitucionalidade formal é um poder de hermenêutica e não um poder de legislação.”⁴⁰ Em outras palavras, o controle de constitucionalidade formal é estritamente jurídico, pois não modifica o ordenamento a partir de uma interpretação substantiva, mas apenas interpreta a constituição e a norma impugnada restritivamente, relatando a compatibilidade ou a incompatibilidade entre ambas.⁴¹

A partir do critério estabelecido pelo mestre cearense, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade formal é estritamente jurídico, justamente porque não busca a análise do conteúdo da norma. Desta maneira, entende-se que, se uma interpretação estende ou modifica o conteúdo normativo, indo, portanto, além deste, está-se diante de uma interpretação não apenas jurídica. O que quer se dizer, portanto, é que tais interpretações podem ser jurídicas, mas não apenas isto.⁴²

1.3.3.2 O controle material

As constituições existem para o homem e não para o Estado;⁴³ para a Sociedade e não para o Poder.⁴⁴ ROBESPIERRE, citado por PAULO BONAVIDES, proferiu uma verdade lapidar quando disse: **“A Declaração de Direitos é a Constituição de todos os povos.”**⁴⁵

É por demais importante, neste trabalho, tornar bem visível o estudo de PAULO BONAVIDES sobre o controle material de constitucionalidade. Assim pensa o referido autor:

O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo*

³⁶ Itálico do autor. Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 268-269.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ MELLO, 1968, p. 97 *apud* BONAVIDES, 1998, p. 269.

³⁹ CADART, 1975, p. 149 *apud* BONAVIDES, 1998, p. 269.

⁴⁰ BARBOSA, 1962, p. 83 *apud* BONAVIDES, 1988, p. 269.

⁴¹ MACHADO, Diego Filipe. *A natureza do controle de constitucionalidade formal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do vício formal de iniciativa e a sanção do poder executivo*. Sociedade brasileira de direito público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=5>. Acesso em 14 de jun. de 2006.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 269. A Constituição considerada não como puro nome, mas Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos. (Cf. SILVA. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 554).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ ROBESPIERRE, [18-], p. 464 *apud* BONAVIDES, 1998, p. 269.

da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos princípios políticos fundamentais.

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação de poderes, com aquele juiz julgando de *legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal.⁴⁶

1.4 Atuais espécies de controle de constitucionalidade no direito brasileiro

1.4.1 Intróito

O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil apresenta características que o singularizam. Nele se conjugam os modelos difuso, oriundo do direito norte-americano, possibilitando a todos os órgãos do Poder Judiciário a realização do controle incidental da constitucionalidade de leis e atos normativos, e concentrado, proveniente dos países europeus continentais, em que o órgão de cúpula do Poder Judiciário realiza o controle abstrato de constitucionalidade de normas jurídicas.

⁴⁶ Itálico do autor. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 269-270.

Deve-se destacar, ainda, que no Brasil a fiscalização da constitucionalidade alcança não só as leis em sentido estrito, mas também os atos administrativos em geral. Com efeito, o controle de constitucionalidade exercido perante o Poder Judiciário não tem por objeto, exclusivamente, as leis formais, elaboradas segundo o processo legislativo. Atos administrativos em geral, adotados pelo Poder Judiciário, também podem ter sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário, tanto na via concreta, quanto na via abstrata. Resoluções dos tribunais do judiciário, decretos e portarias do Executivo, e outros atos não formalmente legislativos podem, dependendo de seu conteúdo, ser impugnados em ação direta de inconstitucionalidade, ou atacados em ações próprias, na via difusa.

Deixando para outro momento a tarefa de bosquejar as origens históricas do controle de constitucionalidade no direito brasileiro,⁴⁷ passa-se direto às espécies de controle de constitucionalidade.

1.4.2 Controle preventivo de constitucionalidade

É normalmente compartilhado pelo Legislativo e pelo Executivo no processo de formação das leis. E numa hipótese pelo Poder Judiciário. Cuida-se de controle praticado por órgãos eminentemente políticos. Contudo, não é realizado, necessariamente, de modo também político. O princípio da legalidade e o processo legislativo são corolários dessa forma. Para que qualquer espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico, deverá submeter-se a todo o procedimento previsto constitucionalmente.⁴⁸

O controle prévio, como vimos acima, é o controle realizado durante o processo legislativo de formação do ato normativo. Pode ser realizado tanto pelo

⁴⁷ Para uma completa análise do assunto, ver, por todos, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴⁸ MORAES, *op. cit.* p. 584.

Poder Legislativo, através de suas comissões de constituição e justiça, quanto pelo Poder Executivo, por meio do veto jurídico e, ainda, pelo Poder Judiciário, com base no princípio do devido processo legislativo.

O Poder Legislativo verificará, por suas comissões de constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade. O art. 58 da Constituição Federal prevê a criação de comissões constituídas na forma do respectivo regimento ou do ato de que resultar sua criação e com as atribuições neles previstas. Assim, de acordo com o art. 32, III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno. O plenário das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, o mesmo podendo ser feito durante as votações.⁴⁹

A apreciação das medidas provisórias adotadas pelo Chefe do executivo (CF, art. 62) também é apontada como manifestação do Legislativo na fiscalização da constitucionalidade, uma vez que da apreciação legislativa poderá resultar a rejeição total da medida provisória, seja pelo desatendimento dos pressupostos constitucionais para sua adoção (relevância e urgência), seja por entender o Congresso que a medida provisória contraria materialmente a Constituição.⁵⁰

O Poder Executivo verificará a inconstitucionalidade por meio do Presidente da República, que poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional ou contrário ao interesse público (CR, art. 66, § 1.º). O primeiro é o veto jurídico, sendo o segundo conhecido como veto político. Esse constitui ato *interna corporis*, daí não podendo haver controle externo. Diferentemente no caso de veto jurídico, em que o Judiciário possui competência,

⁴⁹ MICHEL TEMER observa que tal controle nem sempre ocorre sobre todos os projetos de atos normativos, citando a sua inocorrência, por exemplo, sobre projetos de **medidas provisórias, resoluções dos tribunais e decretos**. (Negrito do autor. TEMER, 1998, p. 43 *apud* LENZA, 2005, p. 92).

⁵⁰ Deve-se salientar que essas manifestações do Poder Legislativo – fiscalização da comissão de constituição e justiça e apreciação de medida provisória, não são dotadas de força definitiva, vale dizer, não impedem a apreciação judicial.

em tese, para analisar a validade dos motivos que determinaram a oposição do veto,⁵¹ da mesma forma que a detém para examinar, num controle repressivo, a eventual inconstitucionalidade de que possa padecer a lei decorrente da derrubada do veto.⁵²

Quanto ao Poder Judiciário em relação ao controle prévio de constitucionalidade, pede-se vênia para citar a exposição feita por ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, resumindo a matéria:

O Supremo Tribunal [...] tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa. Cuida-se, em outras palavras, de um 'direito função' do parlamentar de participar de um processo legislativo juridicamente hígido. Assim, o § 4.º do art. 60 da Constituição Federal veda a deliberação de emenda tendente a abolir os bens protegidos em seus incisos. Portanto, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os parlamentares têm direito a não ver deliberada uma emenda que seja tendente a abolir os bens assegurados por cláusula pétrea. No caso, o que é vedado é a deliberação, momento do processo legislativo. A Mesa portanto, estaria praticando uma ilegalidade se colocasse em pauta tal tema. **O controle nesse caso, é pela via de exceção, em defesa de direito de parlamentar.**⁵³

⁵¹ Aplica-se, aqui, a **teoria dos motivos determinantes** na produção de atos discricionários (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 192-194), teoria essa que não parece aplicar-se somente aos atos administrativos em sentido estrito. É que o veto, sem dúvida, insere-se na competência discricionária do Presidente da República. Porém, a própria Constituição determina que se exponham os "motivos" pelo qual a proposta legislativa foi vetada (§1º, *in fine*, do art. 66). Se assim quis o constituinte, foi para ensejar o controle dos motivos do veto. E, se tais motivos tomaram por base a alegação de inconstitucionalidade, é cabível ao Judiciário apreciar os fundamentos respectivos, pois a ele compete dar a última palavra em matéria de interpretação da Constituição Federal.

⁵² Quanto ao veto "político", fundado no interesse público, não haveria ensejo ao controle jurídico. Esse veto, sim, enquadra-se no conceito de ato político judicialmente insindicável, sujeitando-se a uma definição de controle de constitucionalidade realizado de modo também político (e não jurídico).

⁵³ ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S., 1999, p. 25 *apud* LENZA, 2005, p. 94. Neste sentido confira: "Mandado de segurança contra ato da Mesa do Congresso que admitiu a deliberação de proposta de emenda constitucional que a impetração alega ser tendente à abolição da República. *Cabimento do mandado de segurança em hipóteses em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando sua apresentação (como é o caso previsto no parágrafo único do artigo 57) ou a sua deliberação (como na espécie)*. Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio **andamento do processo legislativo**, e isso porque a **Constituição** não quer – em face da gravidade das deliberações, se consumadas – que sequer chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. *A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita frontalmente, a Constituição*. Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. Mandado de segurança indeferido". Votação por maioria (MS – 20257/DF; Rel. Min. Décio Miranda; Publ. DJ 27.2.81, p. 01304, Ement. Vol. 01201-02, p. 00312; RTJ 99/1031; Julg. 8.10.80 – Tribunal Pleno).

Portanto, o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido (devido processo legislativo) pertence somente aos membros do Poder Legislativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de negar legitimidade ativa *ad causam* a terceiros, que não ostentem a condição de parlamentar, ainda que invocando a sua potencial condição de destinatários da futura lei ou emenda à Constituição, sob pena de indevida transformação em controle preventivo de Constitucionalidade em abstrato, inexistente em nosso sistema constitucional.⁵⁴

Face à importância do tema, necessário se faz citar a ementa do Mandado de Segurança n. 22.503-3/DF, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio, Relator para o acórdão Ministro Maurício Corrêa, publicado no Diário da Justiça de 6 de junho de 1997, p. 24.872, ementa Vol. 01872-03, 385; julg. 8.5.96 – Tribunal Pleno:

Ementa: Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de emenda constitucional. Alegação de violação de diversas normas do regimento interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário; Conhecimento quanto ao fundamento constitucional. Mérito: reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de Emenda Constitucional do Poder Executivo, que modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências (PEC n. 33-A, de 1995).

I – Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que além de ofender ao parágrafo. único do art. 43 e o § 3º do art. 118, esta prejudicada a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do Relator – matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matéria prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de Segurança não conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

II- Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60,

⁵⁴ Vide RTJ 136/25-26, Rel. Min. Celso de Melo, RTJ 139/783. Rel. Min. Octavio Galloti e, ainda, MS 21.642- DF – MS 21.747-DF – MS 23.087-SP – MS 23.328-DF.

§ 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de Segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido. Votação por maioria.

1.4.3 Controle repressivo de constitucionalidade

No direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, já editados, perante a Constituição Federal, para retirá-los do ordenamento jurídico, desde que contrários à Carta Magna.⁵⁵

Discute-se se o controle repressivo está ou não na esfera das exclusivas atribuições do Judiciário.⁵⁶ Em sentido positivo, já sob a égide da Constituição Federal 1988, decidiu o Supremo Tribunal Federal que não pode o Legislativo sequer desfazer, por inconstitucional, o ato por ele próprio criado.⁵⁷ Prevalecendo esse raciocínio, portanto, haveria reserva absoluta de jurisdição em matéria de controle jurídico repressivo de constitucionalidade “monopólio judicial da primeira palavra”.⁵⁸

Existe, porém, algumas exceções constitucionais explícitas ao postulado segundo o qual o controle repressivo de constitucionalidade é da competência exclusiva do Judiciário.⁵⁹

⁵⁵ MORAES, *op. cit.*, p. 585.

⁵⁶ No Brasil, por influência do direito americano, a maior parte da doutrina não aceita que o controle de constitucionalidade seja exercido por outras funções estatais. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 47, rodapé).

⁵⁷ Cf. ADInMC 221/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 22-10-1993, acórdão também publicado na RTJ, 151:331. Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, por tal decisão evidenciou-se que a pretensão anulatória manifestada em ato normativo haveria de ser interpretada como ato de ab-rogação da disposição considerada inconstitucional (MENDES, 2001, p. 314 *apud* BERNARDES, 2004, p. 47, rodapé).

⁵⁸ Sobre o assunto da reserva absoluta “monopólio da primeira palavra” e da reserva relativa de jurisdição “monopólio da última palavra”. (Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 622).

⁵⁹ BERNARDES assevera que os agentes públicos só dispõem das competências outorgadas pelas normas jurídicas. Todavia, inexistindo norma constitucional expressa, o problema converte-se em

ALEXANDRE DE MORAES defende ser uma dessas exceções a prerrogativa reservada ao Congresso Nacional para sustar atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (CF/88, art. 49, V).⁶⁰ De antemão, contudo, tem-se por descaracterizado o efetivo controle de constitucionalidade por meio do uso da prerrogativa contida na primeira parte do inciso V do art. 49 da CF/88. É que o decreto legislativo que susta ato normativo do Executivo exorbitante do poder regulamentar tem âmbito de utilização restrito ao reconhecimento da **ilegalidade** do regulamento. Desse modo, defende BERNARDES, só se pode falar em controle (jurídico) de constitucionalidade com base no decreto legislativo que cassa a lei delegada que se reputou desconforme à delegação expedida pelo Congresso Nacional (segunda parte do inc. V do art. 49 da CF/88).⁶¹

Além dessa exceção, MORAES concede somente mais outra: a possibilidade de rejeição, pelo Legislativo, de medida provisória baixada pelo Presidente da República.⁶² De fato, pode-se mesmo extrair modalidade de controle repressivo da regra constitucional contida no art. 62, § 5.º,⁶³ porquanto a desaprovação do Congresso Nacional recai sobre ato normativo cujo processo formativo já se concluiu. Porém, o controle repressivo assim exercido pelo parlamento pode tanto se

intrincada questão de interpretação do sentido da lacuna constitucional ou de identificação de norma não textual que autoriza ou proíba a órgão não-judiciais a realização de tal espécie de controle. Nessa linha, baseando na exposição feita anteriormente, o tema da titularidade do controle institucionalizado de constitucionalidade assume altíssima relevância, conquanto dele depende, de um lado, a defesa da própria constituição e, de outro, a força vinculante das emanações estatais. Destarte, em nome do Estado Democrático de Direito e do princípio da presunção de constitucionalidade das normas, só pode a matéria ser tratada na própria constituição. A lei, ainda que a pretexto de proteger normas constitucionais, não dispõe de competência material para estender o poder de subtrair o valor de outras leis. **Só a Constituição pode estabelecer órgãos aptos a controlar, institucionalmente, a validade constitucional dos atos legislativos.** Daí ser inválido o alargamento infraconstitucional da competência institucionalizada de fiscalização da constitucionalidade das leis. Em outras palavras: a competência para exercer controle institucionalizado deve encontrar fundamento na própria constituição, ainda que em norma não-escrita. Portanto como assevera BERNARDES, **o silêncio do poder constituinte há de ser interpretado de forma eloqüente, com especial significado de não facultar ou de vedar a atribuição de competência de controle repressivo a outros órgãos.** Essa, aliás, a diretriz adotada pelo STF quanto às tentativas de ampliação, por via de constituições estaduais, do controle abstrato de atos normativos municipais em face da Constituição Federal (Grifo do autor. *Op. cit.*, p. 49-50).

⁶⁰ MORAES, *op. cit.*, p. 585.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 48.

⁶² *Op. cit.*, p. 586.

⁶³ Redação da EC n. 32, de 11-8-2001.

exteriorizar por modo **político** quanto **jurídico**.⁶⁴ Mediante parâmetros normativos objetivos e racionalidade jurídica, a rejeição parlamentar da medida provisória configura autêntico controle jurídico. Contudo, é mais comum rejeitá-la por critérios políticos (parâmetro subjetivo e racionalidade política), como no caso de desaprovação por ausência de relevância ou de urgência (subjetividade considerada). A distinção é de suma importância para a verificação do cabimento de revisão judicial posterior do mérito da rejeição (monopólio judicial da última palavra), hipótese tão-só defensável em se tratando de controle jurídico.

Outra ressalva à exclusividade do controle judicial repressivo trata-se da prerrogativa conferida a **tribunais de contas**, no escrito exercício de suas funções técnicas, para “apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público” (Súmula 347 do STF). Não havendo norma constitucional expressa, é de convir que a subsidência dessa exceção encontra justificativas na teoria dos poderes implícitos.⁶⁵ É o caso, portanto, de competência implicitamente deferida pela Constituição Federal.⁶⁶ Conclui que tais cortes de contas possuem a competência implícita para fiscalizar própria validade dos atos que examinam (Art. 71 e incisos CF/88)⁶⁷. Assim, ainda quando praticados tais atos em obediência à lei, é possível ao órgão fiscalizador de contas verificar a constitucionalidade da legislação sob parâmetros e racionalidades jurídicas. Cuida-se, pois, de **controle jurídico** de constitucionalidade repressivo concedido a **órgão não-judicial**.⁶⁸ Todavia, se de tal competência institucional implícita decorrer lesão a direitos subjetivos, a decisão poderá ser revista pelo Poder Judiciário. Neste contexto, assevera BERNARDES⁶⁹ que a faculdade explicitada pela Súmula 347 decorre de poder instrumental atribuído aos tribunais de contas, só pode ser exercida de forma

⁶⁴ Grifo do autor. BERNARDES, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁵ A teoria dos poderes implícitos assenta-se na regra segundo a qual, na “interpretação de um poder, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder. Tal resulta da natureza mesma e do fim de uma Constituição. Onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda a vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo o poder particular necessário a efetivá-lo.” (STORY, 1873, p. 327 *apud* BONAVIDES, 1998, p. 432).

⁶⁶ Nesse sentido, reconhecendo a prerrogativa do TCU para recusar obediência a determinação inconstitucional, o STF, no MS 19.973/DF (RTJ, 77:29), desacolheu parecer do então Procurador-Geral da República MOREIRA ALVES, cuja conclusão era, justamente, a de que a Corte de Contas seria absolutamente incompetente para tal mister.

⁶⁷ Esclarece BERNARDES, que é preciso entender que as expressões “irregularidade”, “legalidade” e “ilegalidade”, contidas respectivamente nos incisos II, III, VIII e XI do art. 71 da CF/88, têm conteúdo semântico que engloba a própria idéia de (in) constitucionalidade. (*Op. cit.*, p. 51, rodapé).

⁶⁸ Negrito nosso. *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 52.

incidente, na apreciação de casos concretos; nunca preventivamente ou em tese, mesmo que por meio de consulta de órgão públicos.⁷⁰ Nessa última hipótese, incide a proibição decorrente do **silêncio eloqüente do constituinte**.⁷¹

É interessante abordar outras situações que merecem comentários neste contexto.⁷² A primeira delas diz respeito ao **poder de rejeição de leis inconstitucionais** por parte de autoridades administrativas. Em conformidade com anterior jurisprudência, tende o STF a admitir, mesmo na atual constituição, possam os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo determinar o descumprimento, administrativamente, de leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.⁷³ Não havendo regra constitucional expressa, o assunto torna-se polêmico, principalmente a partir do alargamento da legitimidade ativa para propositura de ações diretas de inconstitucionalidade promovida pela Constituição Federal. Contudo, mesmo se aceita na nova ordem constitucional tal possibilidade (de determinar a inobservância de norma reputada inválida), é difícil considerá-la forma institucionalizada de controle de constitucionalidade.⁷⁴ O ordenamento não defere competência aos chefes de Poder para decretar com caráter definitivo, sequer potencial, a invalidação do ato considerado inconstitucional. Sendo assim, equivale a atitude do chefe de Poder a simples inobservância dos atos normativos suspeitos, o que lhe pode render responsabilização pessoal pelas consequências da ordem, caso reconhecida judicialmente a constitucionalidade dos preceitos descumpridos.⁷⁵ Desse modo, há renúncia a certas garantias que envolvem a condição de agente político da autoridade, pois se mantivesse acatamento à norma

⁷⁰ Conforma art. 1.º, XVII, da Lei n. 8.443, de 16-7-1992, compete ao TCU decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no regimento interno. Ademais, nos termos do § 2.º do mesmo artigo, a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

⁷¹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 52.

⁷² Dessa forma ressalta BERNARDES, que nenhuma dessas manifestações de controle jurídico repressivo feito por órgãos que não compõem a estrutura do Judiciário escapam de eventual revisão judicial (**monopólio da última palavra**), a menos que a consecução desse poder revisional tenha de utilizar parâmetros normativos internos (**normas regimentais**). Nada obstante, a identificação da modalidade cabível de revisão judicial – se do sistema concreto ou abstrato – irá depender do objeto do controle. (Negrito nosso. BERNARDES, *op. cit.*, p. 52).

⁷³ Cf. ADInMC 803/RJ, rel. Min. Octávio Gallotti, *DJU* de 2-4-1993, p. 5616. E acórdão da ADInMC 221/DF (rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 151:331).

⁷⁴ BERNARDES, *op. cit.*, p. 53.

⁷⁵ Cf. CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 246-248.

jurídica, só seria o chefe de Poder responsável por atos praticados com má-fé ou abuso de autoridade.⁷⁶

Cabe esclarecer se as **cortes arbitrais** podem exercer controle de constitucionalidade institucionalizado. É até desnecessário adentrar o tema sobre se possui ou não natureza jurisdicional o julgamento arbitral para verificar que o ordenamento jurídico mantém reserva absoluta de jurisdição a órgãos do Poder Judiciário. Nesse prumo, a própria legislação que atualmente regula a arbitragem comete somente ao Judiciário a função de conceder medidas coercitivas ou cautelares (art. 22, § 4.º). De conseguinte, essa mesma reserva de jurisdição impede juízo arbitral concernente a determinadas matérias, entre as quais está o controle de constitucionalidade, por aplicação da vedação sinalizada pelo silêncio constitucional eloqüente. Assim, não dispõe o árbitro de competência institucional para exercer controle institucionalizado de constitucionalidade de atos normativos estatais, sequer em matéria de direitos patrimoniais disponíveis.

Se, porém, o árbitro emitiu juízo acerca da inconstitucionalidade de norma estatal em desrespeito àquela reserva de jurisdição, tem-se que realizou controle somente do tipo não-institucionalizado, conquanto à margem do poder decisório que lhe é reconhecido pelo ordenamento estatal. Nada obstante, não há sanção legal ao árbitro e as partes podem até se resignar com o resultado do julgamento. Todavia, caberá revisão judicial dessa parcela do laudo arbitral. Afinal, é nula a sentença arbitral que reconhece a inconstitucionalidade de ato normativo, já que exorbitante dos limites da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei n. 9.307/96).

1.4.4 Controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro: breve exposição acerca do controle concreto (difuso)

⁷⁶ Essa é a doutrina de MEIRELLES, para quem “os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder” (*Op. cit.*, p. 75).

Como dito acima, classifica-se o controle judicial de constitucionalidade brasileiro, em face das categorias de órgãos que o realizam, como um controle **misto**. Misto porque abrange o controle difuso, inserido na competência de todos os órgãos judiciais (controle concreto), bem como o controle concentrado (abstrato), que se reserva ao STF, em controvérsias suscitadas em face da Constituição Federal, e os tribunais de justiça dos Estados-membros e do Distrito Federal, nas questões relativas às constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal.⁷⁷

Ademais, BERNARDES suscita que por inovação da Lei n. 9.882, de 3-12-1999,⁷⁸ pode-se também dizer que no Brasil existe modalidade **conjugada** de controle de constitucionalidade. Trata-se do controle encetado pela argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) sob a forma “incidental”, que tem início a partir de controvérsia judicial instaurada no âmbito do controle concreto, seguida do posterior deslocamento da questão constitucional ao crivo do STF, já na via do controle abstrato.⁷⁹

Deixando grande parte deste trabalho ao delineamento do controle abstrato de constitucionalidade e do bloco de constitucionalidade, cabe aqui, resumidamente, caracterizar em que consiste o controle concreto (difuso), para melhor diferenciá-lo daquele em momento posterior.

O controle de constitucionalidade difuso, como visto neste trabalho, tem sua origem nos Estados Unidos da América (EUA) – sendo, por esse motivo, conhecido como sistema americano de controle – e baseia-se no reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo por qualquer componente do Poder Judiciário, juiz ou tribunal, em face de um caso concreto submetido a sua apreciação. O órgão do Poder Judiciário, declarando a inconstitucionalidade de norma concernente ao direito objeto da lide, deixa de aplicá-lo ao caso concreto.⁸⁰

⁷⁷ BERNARDES, *op cit.*, p. 65.

⁷⁸ Especialmente o parágrafo único do art. 1º, combinado com o art. 3º, V, e a primeira parte do § 1º do art. 6º.

⁷⁹ Grifo do autor. BERNARDES, *op cit.*, p. 65.

⁸⁰ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., *op. cit.*, p. 20.

Por outras palavras, controle concreto é o que permite a todo juiz ou tribunal, no exercício jurisdicional, fiscalizar a constitucionalidade de determinados atos em face de casos concretos. Por isso, é comum chamá-lo também de controle difuso, aberto, incidental, descentralizado ou por via de exceção, em contraposição ao controle abstrato, realizado por órgão ou tribunal especialmente identificado pela constituição para aferir a constitucionalidade em tese de atos normativos sem situá-los no campo de sua incidência fática.

Nessa modalidade concreta de controle, o juízo de compatibilidade da norma não é objeto da ação, mas mera questão prejudicial necessária ao julgamento do pedido principal. A apreciação do tema constitucional dá-se de forma incidental, nos fundamentos da decisão, e não no dispositivo dela. Ao lado disso, não se admite discussão a envolver interpretação da lei em tese.⁸¹

A origem do controle concreto, no Brasil, remonta ao tempo do Decreto n. 848, de 1890, que consagrou fórmula segundo a qual, “na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte”. Assim, desde que incorporado no ordenamento jurídico nacional, vem sendo permitido a todo juiz ou tribunal o controle de constitucionalidade no exercício jurisdicional, a menos que se possa dirimir a controvérsia por outros fundamentos.

Ressalte-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, sob inspiração norte-americana, nasceu com o papel de intérprete máximo da Constituição republicana, e o controle difuso de constitucionalidade instalou-se de forma efetiva no Brasil, com a Lei Federal n. 221 de 1894,⁸² que concedeu competência aos juízes e tribunais para

⁸¹ Exemplo, na época do Presidente Collor, os interessados pediam o desbloqueio dos cruzados, fundando-se no argumento de que o ato que motivou tal bloqueio era inconstitucional. O pedido principal não era a declaração de inconstitucionalidade, mais sim o desbloqueio! LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8. ed.. São Paulo: Método. 2005, p. 99.

⁸² É do seguinte teor o art. 13, § 10 da Lei 221, de 20 de novembro de 1894: “Os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis e com a Constituição.” Esta lei tem sido apontada por vários constitucionalistas como um importante passo dado em nosso sistema para a concretização ou implantação de um controle de constitucionalidade. BONAVIDES, *op. cit.* p. 245.

apreciarem a validade das leis e regulamentos e deixarem de aplicá-los aos casos concretos, se fossem manifestamente inconstitucionais.⁸³

Nos tribunais, a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal.

Esta verdadeira cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos tribunais, via difusa, e para o Supremo Tribunal Federal, também no controle concentrado.

Nesse caso, o incidente de declaração de inconstitucionalidade encontra-se regulado nos arts. 480 a 482 do CPC. Argüida a questão constitucional, o relator deverá submetê-la à apreciação do órgão fracionário, após ouvir o Ministério Público. Se a turma ou câmara rejeitar alegação, o julgamento terá normal prosseguimento. Acatada a argüição, lavra-se acórdão respectivo antes de se afetar a questão ao plenário ou órgão especial da corte.⁸⁴ Ressaltar que a Lei n. 9.868/99 acrescentou os §§ 1.º a 3.º ao art. 482 do CPC, prevendo assim a possibilidade de nova manifestação do Ministério Público – agora perante o órgão julgador do incidente –, bem como das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato impugnado, ainda que não sejam partes no processo originário (§ 1.º do art. 482). Ademais, o § 2.º do art. 482 permite o pronunciamento sobre a questão aos mesmos legitimados à propositura da ADIn (art. 103 da CF). Por último, o § 3.º do mesmo artigo faculta ao relator do incidente a admissão, por despacho irrecorrível, da manifestação de outros órgãos ou entidades, o que levou GILMAR FERREIRA MENDES a sustentar que o legislador incorporou a figura do *amicus curiae* no processo de controle concreto de constitucionalidade. Então, decidida a

⁸³ MENDES, *op. cit.* p. 25.

⁸⁴ No STF, há norma expressa dispensando a confecção de acórdão em casos tais (RISTF, art. 176, § 1.º).

arguição, o julgamento do feito é remetido novamente ao órgão fracionário, que fica vinculado ao decidido pelo órgão superior.

O julgamento do incidente suscitado não se sujeita a recurso direto, pois a “decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (Câmaras, Grupos ou Turmas) que completa o julgamento do feito”.⁸⁵ Entretanto, por motivos de economia processual, quando a causa tiver por único fundamento a questão constitucional, já se entendeu desnecessária a devolução dos autos ao órgão suscitante, devendo o plenário ou o órgão especial do tribunal completar ao julgamento do processo, hipótese em que se afigura inaplicável referida súmula.

De acordo com o art. 469, inciso III, do CPC, a decisão acerca da questão prejudicial constitucional não faz coisa julgada e só atinge as partes ou quem mais deva submeter-se à autoridade da sentença, conforme limites contidos na legislação processual. Portanto, a validade do ato normativo não restará automaticamente afastada daí para frente, ainda que num novo processo a incidência da norma venha a ser questionada pelas mesmas partes.

Não obstante, adotando o direito brasileiro o princípio geral da nulidade da norma inconstitucional, é retroativa (*ex tunc*) a eficácia da decisão judicial que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade. Isso porque “o processo comum é construído sempre e indispensavelmente sobre *atos históricos*”.⁸⁶ Portanto, o afastamento da aplicação da norma inconstitucional ocorre de forma necessariamente retrospectiva (atos passados), fulminando todos os efeitos concretos do ato viciado.

BERNARDES suscita as exceções, expondo que as chamadas **fórmulas de preclusão** e as situações fáticas irreversíveis não são atingidas pela eficácia retroativa do reconhecimento da inconstitucionalidade em concreto.⁸⁷

⁸⁵ Súmula 513 do STF.

⁸⁶ Itálico do autor. ARRUDA ALVIM, 1997, p. 181 *apud* BERNARDES, 2004, p. 74.

⁸⁷ Negrito do autor. BERNARDES, *op. cit.* p. 74.

2 CONTROLE JUDICIAL ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 Considerações gerais

Como se pode observar neste trabalho, o modelo americano de controle judicial de constitucionalidade surgiu numa decorrência “natural” da adoção de constituição rígida. Fato que não ocorreu na Europa continental, pois, foi antes necessário que os mecanismos de controle de constitucionalidade estivessem expressamente disciplinados na Constituição.⁸⁸

Assim, já no século XX surgiu na Europa continental modalidade de controle judicial da constitucionalidade das leis, com premissas inteiramente distintas do modelo americano. Portanto, o controle abstrato de constitucionalidade teve origem na Europa, mais precisamente na constituição da Áustria de 1920, que consagrou, no dizer de EISENMANN, como forma de garantia suprema da Constituição,⁸⁹ pela primeira vez, a existência de um tribunal – Tribunal Constitucional – com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade, em oposição ao consagrado *judicial review* norte-americano, distribuído por todos os juízes e tribunais.

HANS KELSEN, criador do controle concentrado de constitucionalidade, justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade salientando que:

[...] se a constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico, para, posteriormente concluir que se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.⁹⁰

Segundo GARCÍA DE ENTERRÍA, foi para evitar o risco de um governo dos juízes que optou Kelsen pela concentração do controle de constitucionalidade num só tribunal (tribunal constitucional), em vez do modelo difuso americano. Havia preocupações em afastar influências advindas das doutrinas jurídicas então

⁸⁸ ZAGREBELSKY, 1977, p. 21 *apud* BERNARDES, 2004, p. 79.

⁸⁹ EISENMANN, 1986, p. 174 *apud* MORAES, 2003, p. 605.

⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do ...*, p. 300-303.

vigorantes na Europa continental (tais como a Escola Livre do Direito e a *Libre Recherche* francesa), que pretendiam liberar os juízes, em certa maneira, da observância da lei. Então, para estabelecer o postulado capital da submissão dos juízes a todas as leis, defendeu Kelsen a criação de tribunal especial que monopolizasse o expurgo de atos normativos inconstitucionais.⁹¹

Afirma BARROS que a razão principal do surgimento do controle concentrado foi que o sistema americano de controle de constitucionalidade “revelou dois inconvenientes principais: a deseconomia e a instabilidade jurídica”. A deseconomia revela-se principalmente no campo processual, pois, solucionando a inconstitucionalidade caso a caso, em concreto, com efeito meramente *inter partes*, dá ensejo à proliferação dos processos. Ademais, tal sistema causa uma certa instabilidade nos países adeptos do sistema germano-românico, visto que vários juízes prolatariam decisões divergentes sobre casos essencialmente iguais em matéria constitucional, decidindo uns pela inconstitucionalidade e outros pela constitucionalidade.⁹²

KELSEN, atribuindo o controle das normas a um tribunal constitucional, faz com que este se diferencie dos demais órgãos jurisdicionais comuns. Mesmo sendo organizado na forma dos tribunais ordinários, o tribunal constitucional não julga fatos concretos nem edita normas individuais. Ao avaliar a abstrata compatibilidade constitucional das normas, a missão do tribunal constitucional assemelha-se à função legislativa com sinal negativo.⁹³ Anular uma lei equivale a estabelecer norma dotada do mesmo caráter de generalidade da confecção daquela.⁹⁴ A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. O sentido do ato pelo qual uma norma é destruída, quer dizer, pelo qual a sua validade é anulada, é, tal como o sentido de um ato pelo qual uma norma é criada, uma norma.⁹⁵ Daí se referir

⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985, p. 132 *apud* BERNARDES, p. 81.

⁹² BARROS. Sérgio Resende. *Noções sobre controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/Nocoas%20sobre%20controle.doc>>. Acesso em 06 de maio de 2006.

⁹³ Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución*. Trad. Rolando Tamayo y Salmoran. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 54. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>>. Acesso em: 6 maio 2006.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Kelsen, Hans. *Teoria pura ...*, *op. cit.* p. 307.

KELSEN ao papel de **legislador negativo** desempenhado pelo tribunal constitucional.⁹⁶

Particularmente à época em que se vive, o controle abstrato de constitucionalidade encontra-se primordialmente voltado para o bom funcionamento da mecânica constitucional. Faz-se mister expungir de vez a lei ou ato viciados do sistema normativo.⁹⁷ Pode-se dizer que o controle abstrato funciona como mecanismo depurador do ordenamento jurídico. Incide sobre os atos normativos impugnados sem situá-los no campo da incidência fática, independentemente de haver litígio concreto.⁹⁸ Assim, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, visando à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.⁹⁹ A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, e tem efeitos gerais (*erga omnes*) visto que o tribunal, nesse mister, age a despeito do conflito que eventualmente possa surgir da aplicação da norma em face de situações do mundo do ser.

Cabe salientar aqui a questão terminológica, pois a designação controle abstrato em contraposição a outras designações, identifica-se melhor com as preocupações desta monografia.¹⁰⁰ É mais importante sublinhar o caráter “abstrato” que o caráter “concentrado” ou “principal” desse tipo de controle. Pois à designação

⁹⁶ Grifo do autor. KELSEN, 1992, p. 261 *apud* BERNARDES, 2004, p. 82.

⁹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 397.

⁹⁸ BERNARDES, *op. cit.*, p. 82.

⁹⁹ MORAES. *Direito constitucional...*, p. 606.

¹⁰⁰ Nesse sentido, ensinou BERNARDES: diferenciando o controle apregoado por KELSEN do protótipo americano, é comum referir-se àquele como modalidade **concentrada** ou **centralizada** de controle, em alusão ao fato de que seu exercício se confere somente a órgãos especiais, em vez de difundido por toda a magistratura. Tal denominação não está errada, mas só parece adequada quando se quer ressaltar o aspecto da singularidade do órgão que detém o exercício do controle de constitucionalidade, em contraste com o modelo difuso. É que podem existir outros mecanismos processuais a ensejar controle de constitucionalidade e que estejam reservados somente a determinado órgão, sem que necessariamente tenham a ver com a forma abstrata que caracteriza a operacionalização do controle em estudo [...]. Fala-se, de outro turno, em controle por **via de ação**, para diferenciá-lo do controle por via de exceção. No entanto, parece impróprio aludir a essa distinção, pois o controle concreto também pode ser exercitado por meio de ação movida pelo interessado (postura ativa). Inadequado, ainda, o uso da denominação controle **principal**, em contraposição ao controle necessariamente incidental realizado pela via difusa (concreta). É que, em sede de controle abstrato, pode igualmente haver reconhecimento *incidenter tantum* de ato normativo inconstitucional, notadamente em relação a normas que digam respeito à competência do órgão controlador. [Grifo do autor] (BERNARDES, *op. cit.*, p. 82-83).

controle abstrato, que não guarda pertinência com o “objeto” do controle, ou seja, com o fato de a norma sindicada ser ou não “abstrata”.¹⁰¹ A característica abstrata do controle é tipificada pela circunstância de a avaliação da questão constitucional efetivar-se de forma desvinculada da incidência concreta da norma, não em função do tipo de norma sobre a qual pode recair.¹⁰² Além do mais, cabe ressaltar que tal característica da “abstração” não implica que o juízo do controle se faça despreocupado com a maneira em que a norma impugnada é ou estará sendo efetivamente aplicada no futuro. Mesmo no controle concreto de constitucionalidade, o juízo acerca da questão constitucional funciona um tanto *in abstracto*, pois a operação de interpretação e resolução da controvérsia constitucional não pode realizar-se inteiramente baseada no caso concreto. Óbvio, exige-se alguma abstração quanto à exegese da norma paramétrica e da norma contrastante.¹⁰³

2.2 Desenvolvimento pela doutrina e jurisprudência brasileira

Como ensina MENDES, a representação interventiva foi a antecessora do controle abstrato de normas no direito brasileiro. Na Constituinte de 1891 foi discutida a possibilidade de outorgar ao Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer de alegação de ofensa pelo Estado-Membro a determinados princípios da ordem federativa. Foi introduzida, assim, no âmbito dos conflitos entre a União e os Estados processo especial perante o Supremo Tribunal Federal, na constituição de 1934, a provocação do Tribunal haveria de ocorrer mediante iniciativa do Procurador-Geral da República (art. 12, § 2.º, da Constituição de 1934). Esse modelo de representação interventiva foi incorporado, com modificações, à

¹⁰¹ Como será exposto, o objeto do controle abstrato, via de regra, é constituído de normas não somente abstratas “universais em relação à ação”, mas também gerais “universais em relação os destinatários”. Sobre tal conceituação de normas abstratas e gerais. Cf. BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavam Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001, p. 180-181.

¹⁰² Nesse sentido, cf. lição de MENDES, para quem “não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade”. [Grifo nosso] (*op. cit.*, p. 59).

¹⁰³ BERNARDES, *op. cit.*, p. 83-84.

Constituição de 1946. Deveria agora, o tribunal aferir diretamente a compatibilidade do direito estadual com os chamados “princípios sensíveis”.¹⁰⁴

A jurisprudência e a doutrina brasileira trataram esse processo de representação interventiva como típico processo de controle abstrato de normas. O Procurador-Geral da República atuava como um *substituto processual* que formulava a *representação* no interesse geral.¹⁰⁵ Ele deveria atuar como representante de toda a sociedade que estaria interessada em suprimir o ato inconstitucional.¹⁰⁶ Não se considerava, portanto, esse processo como uma peculiar forma de composição de conflitos federativos.¹⁰⁷

Dessa forma, o controle abstrato de normas foi engendrado pela prática da representação interventiva, utilizada de maneira exclusiva ou fundamentalmente como processo de controle de normas, desde sua instituição na Constituição de 1934 e posteriores. Foi então que, ao lado da representação interventiva, a Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, introduziu um segundo modelo, um sistema de controle abstrato de normas perante o Supremo Tribunal Federal, destinado à aferição da constitucionalidade das leis ou atos normativos federais ou estaduais. O instituto, introduzido no contexto de uma ampla reforma do Poder Judiciário, tinha por escopo, tal como consta da Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores.¹⁰⁸

Em seguida, no regime original da Constituição de 1967, tampouco no da Constituição de 1969, não houve inovação quanto à representação criada pela Emenda Constitucional n. 16/65. Todavia, aboliram-se as representações de inconstitucionalidade da competência dos tribunais de justiça.¹⁰⁹ De outro lado, a Emenda Constitucional n. 7, de 13-4-1977, criou a representação para interpretação

¹⁰⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 64.

¹⁰⁵ Itálico do autor. BUZAID, 1958, p. 107 *apud* MENDES, 2005, p. 65.

¹⁰⁶ BUZAID, 1958, p. 107 *apud* MENDES, 2005, p. 65.

¹⁰⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁸ MENDES, *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁹ MENDES, 1990, p. 191 *apud* BERNARDES, 2004, *op. cit.* p. 86.

de lei,¹¹⁰ bem como ratificou jurisprudência do STF pela admissibilidade de medida cautelar nas representações de inconstitucionalidade.¹¹¹

Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal passou a entender que as decisões pela procedência das representações de inconstitucionalidade contavam, automaticamente, com efeito *erga omnes*.¹¹² Foi então que o Presidente da Corte, Ministro THOMPSON FLORES, determinou em 18-6-1977, que para fins de suspensão geral da eficácia de atos julgados inconstitucionais pelo STF, as comunicações ao Senado Federal se restringissem às declarações de inconstitucionalidade *incidenter tantum*.¹¹³

2.3 O controle abstrato de normas na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.85¹¹⁴, consolidou o sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade, destacando os seguintes pontos: (a) em relação ao controle concentrado em âmbito federal, que passou a chamar ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República; (b) estabeleceu-se, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, de forma concentrada (ADIn por omissão, nos termos do art. 103, § 2.º); (c) restabelecimento da representação de inconstitucionalidade da competência dos tribunais de justiça; (d)

¹¹⁰ Cf. art. 119, I, I, da CR/69.

¹¹¹ Cf. art. 119, I, p, da CR/69. O precedente do STF que admitiu medida cautelar no controle abstrato de constitucionalidade teve origem na Representação n. 933/RJ, rel. Min. THOMPSON FLORES, DJU de 26-12-1976 e RTJ, 76:342.

¹¹² O Supremo Tribunal Federal não diferenciava, inicialmente, a declaração de inconstitucionalidade proferida no processo de controle abstrato de norma daquela proferida no caso concreto, para os efeitos de submissão ao Senado Federal. Somente a partir de 1975 firmou-se orientação no sentido de reconhecer eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida *in abstracto* (Cf. Parecer Ministro Moreira Alves, de 11-11-1975, DJ, 16 maio 1977).

¹¹³ BERNARDES, *op. cit.*, p. 86-87.

¹¹⁴ Os art. 1.º a 3.º da aludida Emenda Constitucional explicam a amplitude da convocação da Assembléia Nacional Constituinte: “art 1º - os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicamente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional”; art. 2º - o Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão e eleição do seu Presidente”; art. 3º - a Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte”.

exigência de que o Advogado-Geral da União defenda atos normativos cuja inconstitucionalidade esteja em discussão em tese no STF; (e) extinção da representação para interpretação de lei; (f) instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental. De seu turno, a Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-1993, criou ainda a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ADC); a Lei n. 9868/99 regulou o processo de julgamento das ações diretas; e a Lei n. 9882/99 regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Conforme o exposto, JOSÉ AFONSO ensina que:

[...]o Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e III, e 103). A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades.¹¹⁵

Pelo exposto, pode-se concluir, usando as palavras de GILMAR FERREIRA MENDES, que:

A constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. Assim, se se cogitava de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso. Concluindo que a Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.¹¹⁶

¹¹⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 554-555.

¹¹⁶ Itálico do autor. MENDES., *op. cit.*, p. 89.

2.4 Atuais espécies de ações do controle judicial abstrato de constitucionalidade

O controle judicial abstrato poderá, em nosso sistema jurídico ser realizado por meio de uma das quatro seguintes ações:

- a) ação direta de inconstitucionalidade (ADIn, art. 102, I, a);
- b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADInO, art. 103, § 2.º);
- c) ação declaratória de constitucionalidade (ADC, art. 102, I, a, *in fine*; EC n.º 03/93);
- d) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF, art. 102, § 1.º).

Além dessas quatro ações, que compõem o nosso sistema de controle abstrato jurisdicional de constitucionalidade, deve-se mencionar uma quinta ação judicial, a representação interventiva (denominada por alguns autores de ação direta de inconstitucionalidade interventiva). A representação interventiva integra o controle de constitucionalidade, pois visa a restaurar a integridade do ordenamento constitucional, em face de atos a ele deletérios. A representação interventiva somente é cabível nas hipóteses taxativamente enumeradas na Constituição Federal. Trata-se de uma ação direta, consubstanciando, portanto, modalidade de controle concentrado. A ação, dependendo da hipótese, será ajuizada originariamente perante o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 36, inciso III) ou o Tribunal de Justiça (CF, art. 35, inciso IV).

Conquanto seja modalidade de controle concentrado, a representação interventiva, no mais das vezes, não pode ser caracterizada como controle abstrato de constitucionalidade, pois em muitas hipóteses não se trata de apreciação de lei ou ato normativo que, em tese, esteja em confronto com a Constituição. Em grande parte das situações que autorizam o ajuizamento de representação interventiva serão atacados atos que estejam, concreta e efetivamente, configurando afronta ao

ordenamento constitucional. Dessa forma, em muitos casos, tratar-se-á de um controle de constitucionalidade concentrado – porque exercido mediante ação direta – e concreto. Ainda quando a representação interventiva tenha por objeto apreciação de uma lei ou ato normativo do ente federado que abstratamente esteja em conflito com um dos princípios enumerados da Constituição, cuja afronta enseje a representação, a ação judicial terá por finalidade sempre a ulterior decretação da intervenção, ou seja, será um “controle direto, para fins concretos”, no dizer de ALEXANDRE DE MORAES.¹¹⁷

Nessa ordem, a **ação direta de inconstitucionalidade** (ADIn) busca o controle de Constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. Assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA que tal ação é “destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em *tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão a de expugnar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional.”¹¹⁸ Tem legitimidade ativa reduzida àqueles entes e autoridades descritos no art. 103 da CF/88. No entanto, o constituinte reinstituiu ainda competência aos tribunais de justiça para julgar representação de inconstitucionalidade de atos normativos estaduais e municipais, em face das constituições estaduais, vedada a exclusividade da atribuição de legitimação para agir (§ 2.º do art. 125). Atualmente o processo de julgamento da ADIn encontra-se disciplinado na Lei n. 9868/99.

A **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** (ADInO) tem o intuito de combater uma “doença”, chamada pela doutrina de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.¹¹⁹ Constitui assim, no dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, uma ação “*supridora de omissão*: (a) do *legislador*, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; (b) do *administrador*, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional” (§ 2.º do

¹¹⁷ *Op. cit.*, p. 630.

¹¹⁸ Itálico do autor. *Op. cit.*, p. 52.

¹¹⁹ LENZA, *op. cit.*, p. 141.

art. 103 da CF/88).¹²⁰ Congênere da ADIn positiva, a ADIn omissiva pode ser proposta pelos mesmos legitimados ativos previstos no art. 103 da CF/88. Inspirada em ação similar prevista na Constituição portuguesa de 1976, a ADInO possui reduzidos efeitos práticos.¹²¹ Em realidade, o Supremo Tribunal Federal fica de “mãos atadas” quando a omissão é do Poder Legislativo, pois não dispõe de força coativa para fazer cumprir sua decisão. Situação diversa ocorre, porém, quando a inércia é do Poder Executivo. Nesses casos, concede-se ao Poder Judiciário a autonomia de determinar que o agente público encarregado da prática do ato adote as providências necessárias, em trinta dias, sob pena de responsabilidade. Note-se que o Supremo Tribunal Federal, como muito bem atenta ROQUE CARRAZA, não legisla, nem executa, declarando simplesmente a omissão ou determinando sua execução.¹²² Todavia, a grande importância desse instituto está no reconhecimento da existência de interesse objetivo em fazer cumprir o dever de implementação da exeqüibilidade das normas constitucionais.¹²³ Também aplica à ADInO as normas procedimentais relativas à ADIn positiva, mormente a Lei n. 9.868/99, salvo naquilo que houver incompatibilidade.¹²⁴

A **ação declaratória de constitucionalidade** (ADC) foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 3, de 17.3.93 (DOU 18.3.93), com a alteração da redação do art. 102, I, a, e acréscimo do § 2.º do art. 102, bem como do § 4.º do art. 103, tendo sido regulamentado o seu processo e julgamento pela Lei n. 9868/99. A ADC tem por escopo o reconhecimento da conformidade constitucional do ato impugnado, como forma de elidir a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a legitimidade de lei ou ato normativo

¹²⁰ Itálico do autor. *Op. cit.*, p. 52.

¹²¹ A constituição portuguesa é um dos raros textos constitucionais a consagrar, *expressis verbis*, a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão (art. 283), chegando ao ponto de considerar a fiscalização da constitucionalidade por omissão de normas jurídicas como um dos limites materiais de revisão (art. 2090/m). (CANOTILHO, *apud* BASTOS, 1998, *op. cit.*, p. 404). Nos termos do art. 103, § 2.º da Constituição Brasileira de 1988, não é possível que o STF supra a omissão normativa.

¹²² TOSCANO, Mônica Martins. *Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão*. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Caderno II. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/posdireito/caderno2/index1.html>>. Acesso em: 15 de maio de 2006.

¹²³ BERNARDES, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁴ Além de não incidir a disciplina legal dos efeitos das decisões finais da ADIn, segundo a jurisprudência do STF, nota-se outras diferenças significativas no procedimento da ADInO: (a) o Advogado-Geral da União não intervém, pois não há ato normativo a ser defendido (QOADI 23/DF, rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJU de 1-9-1989, p. 13903); e (b) por incompatibilidade com o objeto mediato da ação é incabível o pedido de medida cautelar, já que mesmo o provimento judicial final pode implicar o afastamento da omissão (ADIn 361/DF, RTJ, 133:569).

federal.¹²⁵ Trata-se, como preleciona JOSÉ AFONSO DA SILVA, “de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo.”¹²⁶

Por fim, a **argüição de descumprimento de preceito fundamental** (ADPF) foi instituída no ordenamento pátrio pelo parágrafo único do art. 102 da CF/88, posteriormente renumerado para § 1.º por força da EC n. 3/93. E somente recebeu do legislador ordinário a necessária regulamentação com o advento da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Nos termos em que foi regulada a ADPF pelo legislador ordinário, questões até então não passíveis de apreciação no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ADIn e ADC) passaram a poder ser objeto de exame. Os exemplos mais notórios são a possibilidade de impugnação de atos normativos municipais em face da Constituição da República e o cabimento da ação quando houver controvérsia envolvendo direito pré-constitucional. Da maneira como regulada pela Lei 9.882/99, qualifica-se a ADPF como instrumento processual, da esfera da exclusiva competência do STF, cujo objeto é “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (*caput* do art. 1.º da lei n. 9.882/99). Tem igualmente cabimento a ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1.º, parágrafo único, I, da lei n. 9.882/99).

Quanto ao momento de sua utilização, divide-se a ADPF em preventiva e repressiva.¹²⁷ Caberá, preventivamente, argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal com o objetivo de se evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, para repará-las, quando causadas pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos¹²⁸ (cf. *caput* do art. 1.º da Lei n. 9.882/99). Além disso, preceitua a Lei n. 9.882/99, a decisão de mérito da ADPF terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (Lei n. 9.882/99, art. 10, § 3º). Porém, foi reservado o direito de propositura

¹²⁵ BERNARDES, *op. cit.*, p. 90.

¹²⁶ *Op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ MORAES, *op. cit.*, p. 644.

¹²⁸ *Ibidem*.

aos agentes e entidades habilitados a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade, a ADPF assume precípua função de controle de constitucionalidade abstrato, à custa do sacrifício de parcela da preocupação com a garantia da observância concreta dos preceitos considerados fundamentais.

Pode-se dizer que a ADPF, pelo menos da forma em que ora regulada pela lei, constitui instrumento processual original do direito brasileiro.¹²⁹ Contudo, isso não infirma a utilidade do direito comparado na compreensão de várias características da ADPF. Destarte, tem razão TAVARES quando afirma que “se em seu conjunto a medida constitucional da argüição pode ser considerada uma novidade, o certo é que em suas várias facetas [...] ela não se destoa das grandes linhas jurídicas compostas desde a elaboração e ampla aceitação do modelo da *judicial review*.”¹³⁰

2.5 Objeto do controle abstrato de constitucionalidade

Considerando o desiderato deste trabalho monógrafo, tratar-se-á neste tópico de características pertinentes ao objeto do controle abstrato de constitucionalidade. Dessa forma, não houve preocupação com as intrincadas questões de que se ocupam os processualistas. Objeto do processo, objeto litigioso, pretensão e mérito processual são alguns exemplos de assuntos que gravita enorme controvérsia no âmbito do direito processual, que não serão aqui pormenorizados. Visto que a preocupação deste trabalho científico é de salientar questões de interpretação tanto das normas constitucionais como das infraconstitucionais em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Portanto, tendo por escopo projetar uma clara visão dos atos que constituem objeto de controle judicial abstrato, cita-se com proeminência o estudo de JULIANO TAVEIRA BERNARDES que diz “o objeto do controle judicial abstrato pode ser visto da perspectiva tanto do pronunciamento judicial relativo ao pedido formulado em cada uma das ações judiciais de controle abstrato quanto do rol dos comportamentos que se sujeitam à fiscalização.”¹³¹

¹²⁹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 98.

¹³⁰ TAVARES, 2001, p. 68 *apud* BERNARDES, 2004, p. 98.

¹³¹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 163.

A primeira perspectiva de visualização do objeto do controle judicial abstrato, salientado por BERNARDES, resume em saber se esse objeto do pronunciamento judicial no controle abstrato recai sobre a disposição, norma ou “direito vivente”. A segunda perspectiva considera objeto do controle o conjunto dos atos impugnáveis.¹³² Começar-se-á tratando da primeira perspectiva, e depois da segunda, em separado, de acordo com os tipos de ações.

2.5.1 Disposição, norma e “direito vivente”

Por meio da interpretação de preceitos normativos, distingue-se de um lado a disposição textual e, de outro, seu conteúdo normativo, fruto do trabalho de interpretação.¹³³ A **disposição** constitui a fórmula lingüística adotada e emanada do trabalho de produção de direito,¹³⁴ enquanto **norma** é o conteúdo de sentido resultante da interpretação da disposição.¹³⁵ Assim a interpretação tem como objeto o dispositivo textual, e como resultado as normas.

De regra, a cada disposição corresponde uma norma, caso em que é indiferente a distinção entre uma e outra.¹³⁶ Nesse prumo, em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, a eliminação da disposição textual implica a da norma co-respectiva.¹³⁷

Do mesmo modo, não se pode confundir a disposição (texto, enunciado) com a norma jurídica, que é o seu significado. RICCARDO GUASTINI, como poucos, faz insistentemente essa distinção conceptual, para sacar dela alguns importantes postulados, que

¹³² *Ibidem*.

¹³³ GRAU, 2002, p. 71 *apud* BERNARDES, 2004, p.1 63.

¹³⁴ Grifo do autor. ZAGREBELSKY, 1977, p. 148 *apud* BERNARDES, 2004, p. 163.

¹³⁵ Grifo do autor. GUASTINI, 1998, p. 16 *apud* BERNARDES, 2004, p. 164.

¹³⁶ ZAGREBELSKY, 1977, p. 148 *apud* BERNARDES, 2004, p. 164.

¹³⁷ ZAGREBELSKY, 1977, p. 148 *apud* BERNARDES, 2004, p. 164.

resumidamente poderemos enumerar: (a) a relação entre disposição e norma não é biunívoca, ou seja, uma mesma disposição pode exprimir diversas normas, enquanto uma mesma norma pode ser expressa por diversas disposições; (b) todo significado, e portanto toda norma jurídica, é produto exclusivo da interpretação; e (c) a norma, como produto da interpretação, é produzida ou criada pelo intérprete.¹³⁸

É óbvio que, ao se sustentar que o intérprete cria a norma, faz-se necessário fixar desde o início se há um intérprete autorizado a produzi-la a partir do enunciado, ou se todos são autorizados à válida e vinculativamente interpretar, criando normas. RICCARDO GUASTINI sustenta que o intérprete cria a norma, atribuindo um significado ao texto legal, o faz por entender que os destinatários das normas jurídicas são os órgãos de aplicação, ou seja, a autoridade competente para aplicar os documentos legais. A interpretação que produz a norma não é qualquer interpretação, mas apenas aquela proveniente do órgão de aplicação.¹³⁹

Qual delas constitui objeto do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, a disposição ou a norma? A resposta a essa questão não se encontra no direito positivo brasileiro, ou seja, não há diplomas com natureza jurídica para a resposta dessa questão. Pois o constituinte não se preocupou em identificar se o objeto do controle abstrato recai sobre o texto ou sobre a norma dos atos normativos impugnáveis (cf. art. 97; inciso I, a, e § 2.º do art. 102; § 3.º do art. 103; bem como o § 2.º do art. 125).¹⁴⁰ E a Lei n. 9.868/99 é contraditória. Ora se refere ao “dispositivo” da lei ou ato normativo impugnado (art. 3.º, I), ora incorpora fórmulas decisórias cujo

¹³⁸ GUASTINI *apud* COSTA, Adriano Soares da. *Obrigações e crédito tributário. Crítica terceira ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3289>>. Acesso em: 18 mai. 2006.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ A única luz estaria na letra a do inciso III do art. 102, que trata do recurso extraordinário contra decisão que contrariar “dispositivo” da Constituição. Aqui, no entanto, além de estar-se referindo ao parâmetro do controle (difuso, ressalte-se), o constituinte não refletiu sobre a diferença apontada; apenas reproduziu fórmulas semelhantes utilizadas em constituições anteriores. Cf. as Constituições de 1934 (art. 76, III, a), de 1946 (art. 102, III, a), de 1967 (art. 114, III, a) e de 1969 (art. 119, III, a). (BERNARDES, *op. cit.*, p. 166).

objeto do controle é a norma, e não o dispositivo, caso da “interpretação conforme a constituição” e da “declaração parcial de inconstitucionalidades sem redução de texto” (parágrafo único do art. 28).¹⁴¹

Portanto, o objeto do controle de constitucionalidade não pode recair exclusivamente no dispositivo textual. Se assim fosse a decisão de mérito no controle abstrato de constitucionalidade resumir-se-ia em declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade (total ou parcial) da disposição impugnada. Neste caso a interpretação conforme a constituição restaria impossibilitada, pois não haveria como manter a eventual interpretação que se conforma com a constituição, pois a eliminação do texto também a atingiria. Mesmo problema impediria a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto: restrito o objeto do controle à disposição, impossível seria eliminar somente a interpretação (norma) que dela decorresse.¹⁴² Além disso, normas-textuais dificilmente poderiam ser alvo de fiscalização.

Tem-se, daí, que o pronunciamento do pretório excelso recai também sobre a norma e não só sobre a disposição em si. BERNARDES assevera ser recomendável a incorporação da idéia de que o controle incide sobre a norma, evitam-se demais problemas, como exemplo os relacionados com o ataque a disposições reproduzidas em múltiplos diplomas.¹⁴³ Mas não pode incidir tão-só em normas, visto que, o órgão julgante não poderia afastar-se da própria interpretação dada ao ato normativo impugnado pela petição inicial.¹⁴⁴

2.5.1.1 No direito comparado

¹⁴¹ Não olvidar, ainda, o que dispõe o parágrafo único incluído no art. 12 da Lei Complementar n. 95/98 pela Lei Complementar n. 107, de 26-4-2001: “O termo ‘dispositivo’ mencionado nesta Lei refere-se a artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens.” (BERNARDES, *op. cit.*, p. 167, rodapé).

¹⁴² BERNARDES, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴³ BERNARDES, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁴ É que o **pedido** (objeto) da ação recairia somente na(s) norma (s) extraída(s) pelo autor da interpretação da disposição. Logo, por força do princípio da adstrição ao pedido inicial, o tribunal só poderia avaliar a constitucionalidade da(s) mesma(s) interpretação(ões) apresentada(s) pelo requerente. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 168-169).

Na Itália, o objeto do controle de constitucionalidade é o chamado direito vivente (*dirritto vivente*), que é a interpretação consolidada ou predominante da lei. A pronúncia da Corte Constitucional italiana tem ou tende a ter por objeto o “direito vivente”, *i. e.*, a aplicação que vem recebendo ou poderá no futuro receber a norma impugnada. Daí, o objeto do controle seria o próprio “direito vivente”, ou seja, o significado da disposição infraconstitucional impugnada conforme afirmado pela prática jurisprudencial consolidada. Com isso, sem dúvida, há uma perda de espaço da atividade interpretativa do tribunal constitucional,¹⁴⁵ cuja capacidade de (re)interpretação da norma impugnada acaba limitada pelas correntes jurisprudenciais formadas na justiça ordinária.

No Brasil, a Lei n. 9.868/99, ao regular o processo das ações diretas, incentiva e facilita a reconstrução do “direito vivente”.¹⁴⁶ Além disso, a Constituição deposita no STJ, e não no STF, a missão de uniformizar a interpretação da legislação federal. Mas a importância que se deve ao “direito vivente” não pode e não chega a ponto de limitar a atividade interpretativa do STF. Como acentuou DÍAZ REVORIO, se o “direito vivente”, por sua própria natureza, está submetido a evolução e mudanças constantes, não se pode destacar que o próprio tribunal constitucional (leia-se STF), a partir de posição institucional privilegiada, participe dessa evolução, inclusive como provocador dela.¹⁴⁷ Esse raciocínio, assevera BERNARDES, parece ainda mais acertado quando se sabe que a atuação do controle abstrato de constitucionalidade não se restringe ao julgamento de eventos passados, está voltada, principalmente, a uma visão prospectiva da aplicação e da densificação legislativa da constituição.¹⁴⁸

Atacando sugestão de DÍAZ REVORIO, o objeto do controle abstrato de constitucionalidade parece ser o “complexo normativo” – ao qual o autor deu o nome de **preceito**¹⁴⁹ – formado tanto pela disposição impugnada quanto pela(s) norma(s)

¹⁴⁵ ZAGREBELSKY, 1988, p. 237 *apud* BERNARDES, 2004, p. 170.

¹⁴⁶ Cf. arts. 8.º, §2.º, e 20, § 2.º, que facultam ao relator a possibilidade de solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos tribunais federais e aos tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito das respectivas jurisdições.

¹⁴⁷ DÍAZ REVORIO, 2001, p. 239 *apud* BERNARDES, 2004, p. 170.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 170.

¹⁴⁹ Negrito do autor. DÍAZ REVORIO, 2001, p. 52 *apud* BERNARDES, 2004, p. 171.

dela derivada(s), em outras palavras, pelo significante e seus significados normativos.¹⁵⁰

2.5.1.2 Objeto do controle de constitucionalidade

O objeto principal do controle de constitucionalidade é a disposição,¹⁵¹ mas secundariamente pode atingir a norma.¹⁵² Há casos em que o controle recai somente sobre a norma, em que a disposição deve ser conservada na íntegra, pois dela se extrai(em) outra(s) interpretação(ões) compatível(s) com a constituição.¹⁵³ Do mesmo modo, é a norma que serve de objeto principal do controle quando não haja disposição textual que lhe dê origem expressa (normas não-textuais), como no exemplo das normas obtidas pela interpretação *a contrario*,¹⁵⁴ ou nas hipóteses em que se registrem disposições “sinônimas”, das quais se extraem as mesmas normas.¹⁵⁵

A diferenciação entre disposição e norma é das maiores contribuições da fiscalização de constitucionalidade à teoria geral do direito,¹⁵⁶ além de assumir enorme importância para o aprimoramento das técnicas e dos efeitos das decisões do controle de constitucionalidade.

Nesse rumo, como assevera BERNARDES, ainda que implicitamente, a jurisprudência do STF vem distinguindo entre disposição e norma por via da incorporação de técnicas decisórias ligadas à “interpretação conforme a constituição” e à “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, modalidades hoje consagradas pela Lei n. 9.868/99.¹⁵⁷

¹⁵⁰ BERNARDES, *op. cit.*, p. 171.

¹⁵¹ Nesse sentido, cf. CERRI, 2001, p. 234 *apud* BERNARDES, 2004, p. 171.

¹⁵² Nesse sentido, cf. ZAGREBELSKY, 1977, p. 154 *apud* BERNARDES, 2004, p. 171.

¹⁵³ Assevera BERNARDES, a respeito nos casos em que é necessário conservar possíveis interpretações compatíveis com a constituição, quando simultaneamente extraídas com outros sentidos (inconstitucionais) de uma mesma disposição (*Op. cit.*, p. 172, rodapé).

¹⁵⁴ ZAGREBELSKY, 1977, p. 155 *apud* BERNARDES, 2004, p. 172.

¹⁵⁵ BERNARDES, *op. cit.*, p. 172.

¹⁵⁶ CERRI, 2001, p. 102 *apud* BERNARDES, 2004, p. 172.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, p. 173.

2.5.2 Objeto da ação direta (ADIn)

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento para a apreciação da validade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nessa acepção compreendidos também os distritais derivados da mesma competência deferida aos Estados-membros, e desde que editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal. Dessa forma, o direito pré-constitucional, editado sob a vigência de Constituições pretéritas, não pode ser impugnado em sede de ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵⁸

Os comportamentos privados não se sujeitam à fiscalização abstrata pela via das ações diretas, por inadequação desse tipo de instrumento processual. Mas esses comportamentos não estão livres do juízo de inconstitucionalidade.¹⁵⁹

O direito municipal (Lei Orgânica e leis e atos normativos municipais) também não pode ser impugnado em sede de ação direta de inconstitucionalidade. O direito municipal somente poderá ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle difuso, quando uma controvérsia concreta chega àquele tribunal por meio do recurso extraordinário, ou, excepcionalmente, por meio de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Portanto, só podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal leis e atos normativos federais e estaduais (e do Distrito Federal, desde que no uso de sua competência estadual).

Entretanto, nem todas as leis e atos normativos federais e estaduais podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal, em decorrência das restrições impostas pela jurisprudência do Tribunal Maior.

¹⁵⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., *op. cit.*, p. 74.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

Segundo orientação da Corte Suprema, para que uma norma federal ou estadual possa ser objeto de ADIn perante o STF, deverá ela satisfazer aos seguintes requisitos, cumulativamente:

a) ser pós-constitucional:

Somente podem ser objeto de ADIn normas pós-constitucionais, isto é, que tenham sido editadas sob a vigência da Constituição Federal de 1988.

O STF não admite a impugnação do direito pré-constitucional, editado sob a égide de Constituições pretéritas, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

b) possuir abstração, generalidade, normatividade:

Somente podem ser impugnados mediante ADIn atos que possuam normatividade, vale dizer, sejam caracterizados por generalidade e abstração (apliquem-se a um número indefinido de pessoas e de casos, todos quantos se enquadrem na situação hipotética abstratamente descrita no ato normativo).

Se a norma é de efeitos concretos, se possui destinatário certo e determinado, sendo desprovida de abstração e generalidade, não poderá ser questionada em ADIn. Tais leis, conhecidas como leis meramente formais, apresentam conteúdo próprio de atos administrativos, porquanto endereçadas a destinatários certos e determinados. Somente são denominadas leis pelo fato de serem emanadas do Congresso Nacional ou de Assembléia Legislativa (motivo da qualificação meramente formais). Quanto ao seu conteúdo, ou seja, sob o aspecto material, são atos de efeitos individuais e concretos, não se podendo cogitar de sua impugnação mediante ADIn, uma vez que, nessa, deve-se discutir o ato normativo – logo, geral e abstrato – em tese, confrontando-o com a Constituição Federal.

c) ofender diretamente a Constituição:

Não se admite a impugnação em ADIn de normas que afrontem a Constituição de modo indireto, reflexo, isto é, dos denominados “atos regulamentares”.

Se um decreto do Presidente da República foi editado para regulamentar uma lei, e ao fazê-lo, exorbita de sua competência, não poderá ser questionado em ação direta de inconstitucionalidade, pois não se trata de ofensa direta à Constituição, porquanto entre o decreto regulamentar e a Constituição têm-se a lei regulamentada.

Enfim, quando, para apreciar a constitucionalidade da norma que se pretenda impugnar, for necessário o seu confronto com outras normas infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal não admite a sua impugnação em ação direta de inconstitucionalidade.

d) estar vigente no momento da apreciação da ação:

O Supremo Tribunal Federal não admite impugnação em ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos revogados, que não estejam mais em vigor no momento da apreciação da ação. Se a norma já foi revogada, não integra mais o ordenamento jurídico, é descabido falar-se em ADIn.

2.5.3 Objeto da ação direta por omissão (ADInO)

A ADIn por omissão tem como objeto a chamada omissão inconstitucional, que ocorre quando uma norma constitucional deixa de ser efetivamente aplicada pela falta de atuação normativa dos órgãos dos poderes constituídos. Vale dizer, quando a Lei Maior deixa de ser observada, tornando-se letra morta, pela omissão ou inação do poder constituinte competente.

Observa-se, assim, que as hipóteses de ajuizamento dessa ação não decorrem de toda e qualquer espécie de omissão do Poder Público, mas sim daquelas omissões relacionadas com as normas constitucionais de eficácia limitada, em que a sua efetiva aplicabilidade está condicionada à ulterior edição dos atos requeridos pela Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão refere-se à omissão em tese, sem estar relacionada com um caso concreto; o que se tem em mira é o restabelecimento da integridade do sistema jurídico, do respeito à Constituição, que está sendo violada pela ausência de atuação dos poderes constituídos competentes.

O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a revogação, antes da decisão da ADIn por omissão, da norma constitucional que necessitaria ser regulamentada para tornar-se efetiva, acarreta a extinção do processo por falta de objeto. Sobre o tema, vale reproduzir este excerto da emenda da decisão proferida na ADIn 1.836-SP (questão de ordem), rel. Min. Moreira Alves, em 18.06.1998:

Esta Corte já firmou o entendimento, em face da atual Constituição, de que, quando há a revogação do ato normativo atacado como inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade, esta fica prejudicada por perda de seu objeto. Essa orientação, por identidade de razão, se aplica tanto à ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão de medida destinada a tornar efetiva norma constitucional, sendo que, neste último caso, isso ocorrerá quando a norma revogada for a que necessitava de regulamentação para a sua efetividade.

Pode-se, assim, da mesma forma que se expendeu acima, no estudo da ação direta de inconstitucionalidade de ato normativo, afirmar que: (a) se a norma constitucional foi revogada antes do ajuizamento da ADIn por omissão, a ação não será conhecida, por ausência de objeto; (b) se a norma constitucional foi revogada após o ajuizamento da ADIn por omissão, mas antes da decisão, o processo será extinto sem julgamento do mérito, a ação será conhecida, mas será julgada prejudicada por perda de objeto.

Viu-se que na ação direta genérica (de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo) de competência do STF só podem ser controladas normas federais e estaduais, ou ainda normas do Distrito Federal expedidas no exercício de suas

competências estaduais. As leis e atos normativos municipais não se sujeitam à impugnação perante o STF em ação de inconstitucionalidade genérica.

De igual forma, na ADIn por omissão só poderão ser impugnadas omissões normativas federais e estaduais, bem como omissões do Distrito Federal, desde que referentes a suas competências estaduais. As omissões de órgãos municipais não se sujeitam à impugnação em ADIn por omissão perante o STF.

2.5.4 Objeto da ação declaratória (ADC)

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade está limitado exclusivamente às leis ou atos normativos federais.

Estabeleceu o constituinte, assim, uma diferenciação entre o controle abstrato de constitucionalidade exercido via ADIn, que abrange a aferição de leis e atos normativos federais e estaduais em face da Constituição Federal, e o que se realiza mediante ADC, o qual possui como objeto tão-só leis ou atos normativos federais (confrontados, evidentemente, com a Constituição Federal).

2.5.5 Objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A argüição, dessarte, tem potencialmente como objeto: (a) qualquer ato (ou omissão) do Poder Público, incluídos os não normativos, que acarrete lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, visando evitar ou reparar tal lesão; (b) leis ou atos normativos federais, estaduais e municipais (e também os distritais, inclusive os editados com fulcro nas competências municipais do DF), abrangidos os anteriores à Constituição, desde que exista acerca de sua

aplicação relevante controvérsia constitucional e que a aplicação ou a não aplicação desses atos implique lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Observa-se que a primeira hipótese cuida de ação em face de ato *in genere* praticado pelo Poder Público (ou que esteja na iminência de ser praticado, hipótese em que teremos a ADPF preventiva), abrangendo, ainda, as omissões do Poder Público que acarretem violação de preceito constitucional fundamental.

Percebe-se que o legislador estabeleceu a possibilidade de ADPF preventiva, ao dispor que será cabível a ação para “evitar” lesão a preceito fundamental. Essa previsão é importante, uma vez que, em relação às demais ações do controle abstrato (ADIn e ADC), não é possível ajuizamento preventivo (são absolutamente incabíveis ADIn e ADC preventivas).

Na segunda hipótese permite-se aferir, *in abstracto*, a validade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores ou posteriores à Constituição, sobre os quais exista controvérsia judicial que tenha fundamento relevante, e desde que, em razão dessa controvérsia, ou da aplicação ou não aplicação do ato, esteja sendo violado preceito fundamental.

Conforme acima ressaltado, até a regulamentação da ADPF, o controle da constitucionalidade das normas municipais em face da Constituição Federal somente era efetivado na via incidental, quando, por meio do recurso extraordinário, a controvérsia chegava ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal. Não havia hipótese de se levar, diretamente, à apreciação da Corte Suprema controvérsia sobre direito municipal.

A Lei n. 9.882/99 mudou essa situação, ao permitir que se leve, diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal relevante controvérsia sobre lei ou ato normativo municipal, desde que esteja ocorrendo lesão a preceito constitucional fundamental.

Houve também alteração no que se refere à aferição da legitimidade das normas anteriores à vigente Constituição, do chamado direito pré-constitucional, agora passível de controle abstrato perante o Pretório Excelso, na via da ADPF, desde que, também esse direito pré-constitucional esteja sendo objeto de relevante controvérsia judicial de que resulte lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição.

Com relação à possibilidade de apreciação de atos normativos municipais em sede de ADPF, GILMAR FERREIRA MENDES observa:

[...] ao contrário do imaginado por alguns, não será necessário que o STF aprecie as questões constitucionais relativas ao direito de todos os Municípios. Nos casos relevantes, bastará que decida uma questão-padrão com força vinculante. Se entendermos, como parece recomendável, que o efeito vinculante abrange também os fundamentos determinantes da decisão, poderemos dizer, com tranqüilidade, que não apenas a lei objeto da declaração de inconstitucionalidade no Município 'A' mas toda e qualquer lei municipal de efeito idêntico teor não mais poderão ser aplicadas.¹⁶⁰

Cabe ressaltar que, em função do princípio da subsidiariedade, a que está sujeita a ADPF, os atos normativos federais e estaduais (bem como os distritais editados no uso das competências estaduais do DF) pós-constitucionais não poderão ser objeto da arguição, porque é possível sua impugnação mediante ADIn. Também não pode a ADPF ser utilizada para pedir a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal pós-constitucional, já que tais atos podem ser objeto de ADC.

Portanto, podem ser objeto de ADPF os atos infralegais regulamentares de qualquer esfera da Federação, pois eles não têm como ser impugnados por meio de ADIn (o STF só admite ADIn contra ato infralegal normativo, federal ou estadual, autônomo, ou seja, que não tenha sido editado em função de nenhuma lei, ofendendo diretamente a Constituição).

Ainda, deve-se atentar que a ADPF, na hipótese prevista no *caput* do art. 1.º da Lei n. 9.882/99 ("evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público"), não se restringe à impugnação de atos normativos, mas

¹⁶⁰ MENDES. *Controle de...*, p. 125.

abrange, também, quaisquer atos não normativos (atos concretos, atos de execução, atos materiais) do Poder Público, desde que deles resulte lesão ou ameaça de lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição. É firme, nesse sentido, a posição do Supremo Tribunal Federal. No julgamento da ADPF n. 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira (03.02.2000), deixou assente o Tribunal:

O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser 'ato do Poder Público' federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial 'quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Entende-se que a expressão “ato do Poder Público” abrange não só os atos (bem como as omissões) dos órgãos estatais e das entidades integrantes da Administração Pública, mas também os atos de particulares que estejam exercendo, por delegação, qualquer parcela de poder público, analogicamente ao que ocorre no caso da impugnação de “ato de autoridade” mediante mandado de segurança. Dessa forma, atos praticados, por exemplo, por concessionárias de serviço público, desde que impliquem lesão a preceito fundamental e não exista outro meio eficaz de sanar a lesividade (essa última condição decorre do princípio da subsidiariedade) são, em tese, passíveis de apreciação em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental. É essa, outrossim, a opinião do Professor DANIEL SARMENTO, que completa com agudeza:

[...] Parece-nos que os atos privados que, por sua natureza, forem equiparáveis à ação estatal, poderão sujeitar-se também ao controle por via de ADPF, caso inexistia outro meio para sanar a lesividade. Num contexto como o atual, em que a tônica constitui a substituição do Estado por atores privados, por meio de desestatizações, terceirizações, parcerias com a iniciativa privada, e outros mecanismos assemelhados, é assaz importante vincular estes atores ao respeito aos direitos fundamentais e à Constituição, mediante todos os meios e remédios disponíveis.¹⁶¹

É interessante registrar que o Professor GILMAR FERREIRA MENDES entende possível a utilização da ADPF contra decisão judicial que interprete a

¹⁶¹ SARMENTO, [2000], p. 95-116 apud SOUSA, Jailson Leandro de. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: questões em torno da lei n.º 9.882/99. Esmafe: Escola de magistratura federal da 5.º região. Disponível em: <[www.esmafe.jfjb.gov.br/pdf_esmafe/ARGÜIÇÃO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%](http://www.esmafe.jfjb.gov.br/pdf_esmafe/ARGÜIÇÃO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%20)>. Acesso em: 20 de jan. 2006.

Constituição de modo a malferir preceito fundamental. Para o eminente constitucionalista:

Pode ocorrer lesão a preceito fundamental fundada em simples interpretação judicial do texto constitucional. Nesses casos a controvérsia não tem por base a legitimidade ou não de uma lei ou de um ato normativo, mas se assenta simplesmente na legitimidade ou não de uma dada interpretação constitucional. No âmbito do recurso extraordinário essa situação apresenta-se como um caso de decisão judicial que contraria diretamente a Constituição (art. 102, III, “a”).

Não parece haver dúvida de que, diante dos termos amplos do art. 1.º da Lei n. 9.882, de 1999, essa hipótese poderá ser objeto de arguição de descumprimento – lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público –, até porque se cuida de uma situação trivial no âmbito de controle de constitucionalidade difuso.

Assim, o ato judicial de interpretação direta de um preceito fundamental poderá conter uma violação da norma constitucional. Nessa hipótese caberá a propositura da arguição de descumprimento para afastar a lesão a preceito fundamental resultante desse ato judicial do Poder Público, nos termos do art. 1.º da Lei n. 9.882, de 1999.¹⁶²

Conquanto seja essa, entende-se, a interpretação mais adequada da lei n. 9.882/99, especialmente em face da abrangência do caput de seu art. 1.º, é mister anotar que o STF não possui orientação formada sobre esse ponto.

O STF já deixou assente, no julgamento da ADPF n. 1-RJ, rel. Min. Néri da Silveira (03.02.2000), que a expressão “ato do Poder público” não inclui os atos políticos. Esses não são passíveis de impugnação judicial, desde que praticados dentro das esferas de competência e nas hipóteses constitucionalmente delineadas, em conformidade com as formalidades prescritas na própria Constituição, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes. Transcreve-se, da emenda da ADPF n. 1-RJ, o excerto pertinente:

No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo – que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo,- no conceito de ‘ato do Poder Público’, para os fins do art. 1.º, da Lei n.9.882/99. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo,- poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito

¹⁶² MENDES. *Controle de...*, p. 126.

fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado.”

Sem embargo dessa importante orientação, entende-se ser oportuno registrar o alerta feito pelo Professor DANIEL SARMENTO acerca da necessidade de evitar uma generalização precipitada dessa imunidade dos atos políticos ao controle judicial, cujo teor perfilhamos:

Portanto, embora concordemos que os atos estritamente políticos não se sujeitam ao controle de constitucionalidade por via de ADPF, a nosso ver, o conceito de ato político tem que ser interpretado restritivamente, inclusive em razão dos princípios da supremacia da Constituição, e da inafastabilidade do controle jurisdicional. Só é ato político judicialmente insindicação aquele cuja prática a Constituição deferir, com exclusividade, à discricionariedade do Executivo ou Legislativo, sem estabelecer parâmetros minimamente objetivos que legitimem seu controle por via jurisdicional.¹⁶³

Como acima aludido, o novo instituto poderá ser utilizado, também, para controle da omissão inconstitucional, porquanto a lesão a preceito fundamental poderá advir da inércia do legislador em regular direito previsto na Constituição Federal. Embora a ADPF seja regida pelo princípio da subsidiariedade (Lei n. 9.882/99, art. 4.º, § 1.º) – que impede o seu conhecimento sempre que exista outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, a lesão ou ameaça de lesão decorrente do ato impugnado –, o STF já afirmou posição acerca do seu cabimento em face de omissão do Poder Público. Entendeu a Corte Suprema que o outro meio processual existente em nosso ordenamento – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não se enquadra como medida verdadeiramente eficaz contra lesão, em razão dos efeitos da decisão nela proferida. Veja-se este trecho do Informativo do STF n. 264, sobre a ADPF n. 4-DF, rel. min. Octavio Galloti (17.04.2002):

O tribunal, colhido o voto de desempate do Min. Néri da Silveira, conheceu da arguição por entender que a medida judicial existente – ação direta de inconstitucionalidade por omissão – não seria, em princípio, eficaz para sanar a alegada lesividade, não se aplicando à espécie o § 1.º do art. 4.º da Lei n. 9.882/99 (‘Não se admitirá arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade’).

Quanto ao pedido, parece que, nas duas hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, poderá ele ser pelo reconhecimento da

¹⁶³ SARMENTO, [2000] p. 95-116 *apud* PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., 2005, p. 122.

constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato ou norma, desde que comprovada relevante controvérsia constitucional, na segunda hipótese.

Com efeito, entende-se que a primeira hipótese de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental – ato do poder público que acarrete lesão a preceito fundamental –, essa lesão poderá advir tanto da aplicação de uma lei inconstitucional, quanto da inaplicação de uma lei constitucional. No primeiro caso, o pedido seria pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da lei, a fim de afastar-se, com eficácia geral, a sua aplicação, salvaguardando o preceito fundamental ofendido; no segundo caso, o pedido seria pela declaração da constitucionalidade da lei, para o fim de tornar obrigatória, com eficácia *erga omnes*, a sua aplicação, em proteção ao preceito fundamental violado.

O mesmo raciocínio poderia ser aplicado, também, na segunda hipótese de cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental – relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal –, requerendo o autor o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma objeto da controvérsia.

Caso essa orientação prevaleça no âmbito do STF, representaria ela mais uma inovação introduzida pela argüição de descumprimento de preceito fundamental no nosso controle de constitucionalidade, que passaria a permitir a solicitação, perante o STF, da declaração de constitucionalidade do direito estadual e municipal, medida até então inexistente no nosso sistema objetivo de fiscalização da constitucionalidade das leis (a ação declaratória de constitucionalidade só admite como objeto direito federal, nos termos do art. 102, I, a).

3 BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Conceito

Antes de se excursionar na razão de ser deste capítulo, é necessário que se explique, de início, que a palavra “bloco” significa algo sólido, duro, compacto, “conjunto de coisas consideradas como uma unidade”.¹⁶⁴

O alcance material da expressão bloco de constitucionalidade é matéria controvertida. Cuida-se, em simples palavras, de identificar quais normas e princípios possuem valor constitucional num determinado ordenamento jurídico. Alguns autores entendem a expressão “bloco de constitucionalidade” em sentido estrito, restringindo-se às normas formalmente constitucionais. Outros a enxergam em sentido amplo, defendendo o alargamento de tal bloco ao conceito mais amplo de constituição, englobando normas estabelecidas à margem do texto constitucional e até mesmo valores suprapositivos.¹⁶⁵

As expressões parâmetro e bloco de constitucionalidade são tidas como sinônimas pela doutrina, pois realmente as são, mas em princípio se faz necessária uma diferenciação, visto que parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade remete à idéia de conjunto de normas formalmente constitucionais, ou seja, plasmadas em um único texto escrito, dessa forma, se atribui um papel particular e distinto das outras variáveis ou constantes. Enquanto que a expressão bloco de

¹⁶⁴ HOUAISS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Objetiva, 1.ª edição, 2001.

¹⁶⁵ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., *op. cit.*, p. 180.

constitucionalidade engloba o “parâmetro”, mas deve ser vista sempre de forma ampliativa, propensa a abarcar o conjunto de matérias formais e materialmente constitucionais. O bloco de constitucionalidade não se resume apenas ao parâmetro, vai além, disposto numa interpretação evolutiva que rompe as raias do pragmatismo positivista, para ter como norma contrastante uma unidade formada também por valores e princípios suprapositivos. Isso se justifica em decorrência da razão do nascimento dessa expressão, pois ela está ligada ao reconhecimento de que, no exame da constitucionalidade das leis, não só o texto escrito da Constituição, mas também outras normas, princípios e valores constitucionais devem ser levados em conta pelo intérprete. Nesse caso, o parâmetro para o exame da validade das leis não seria só o texto da Constituição, mas um bloco – de normas, princípios e valores constitucionais – muito mais amplo do que esse texto escrito propriamente dito.¹⁶⁶

Além do mais, a jurisdição constitucional emergiu historicamente, como assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA, “como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos.” Essa é uma questão fundamental, que se coloca em resposta aos tipos de ataques que a

¹⁶⁶ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., *op. cit.*, p. 181.

Constituição pode sofrer, daí a razão dos sistemas de controle, tanto o norte-americano, como o europeu.¹⁶⁷

O conceito de bloco de constitucionalidade é de extrema relevância para a efetivação do controle de constitucionalidade das leis. A fiscalização da constitucionalidade nada mais é do que o exame da compatibilidade de uma norma hierarquicamente inferior com o conjunto de normas constitucionais, que é o fundamento de sua existência, validade e eficácia. Assim, esse conjunto de normas de valor constitucional é o parâmetro para o exame da validade da norma hierarquicamente inferior, formando, assim, o chamado bloco de constitucionalidade.¹⁶⁸

3.2 Breve histórico: o direito comparado

A noção de *bloc de constitutionnalité* origina-se da construção doutrinária dos administrativistas franceses que criaram a teoria do “bloco da legalidade”, ou como denominou HARIOU, o “bloco legal”. O termo “bloco” denota solidez e unidade, características que se perpetuaram na constante construção dessa teoria.

A teoria do bloco da constitucionalidade tem como pedra de toque a decisão proferida pelo Conselho Constitucional da França de 16 de julho de 1971, que estabeleceu as bases do valor jurídico do Preâmbulo da Constituição de 1958, o qual inclui em seu texto o respeito tanto à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como também ao Preâmbulo da Constituição de 1946 (que continha uma declaração de direitos econômicos e sociais). Esse, por sua vez, faz referência aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. Ou seja, tudo estava integrado à Constituição Francesa.¹⁶⁹

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 554.

¹⁶⁸ PAULO, V.; ALEXANDRINO, M., *op. cit.*, p. 181.

¹⁶⁹ MELO, Carolina de Campos. *O bloco da constitucionalidade e o contexto brasileiro*. Revista Direito, Estado e Sociedade nº 15. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev15_carolina.html>. Acesso em 01 de dez. de 2005.

Como bem resumem LOUIS FAVOREU e LOÏC PHILIP, a decisão do Conselho Constitucional é importante e muito significativa, pois

[...] consagra de maneira definitiva o valor jurídico do Preâmbulo; alarga a noção de conformidade à Constituição; aplica 'os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República'; afirma o papel do Conselho como protetor das liberdades fundamentais e faz da liberdade de associação uma liberdade constitucional.¹⁷⁰

É certo que mesmo antes de 1971 o Conselho Constitucional já havia dado uma interpretação extensiva do conceito de Constituição, englobando as leis orgânicas no bloco de constitucionalidade, “dando, assim, um sentido mais amplo à noção de Constituição.”¹⁷¹

A equiparação normativa entre o preâmbulo e a Constituição havia sido negada anteriormente pelo Conselho de Estado, o que significa dizer que a decisão de 16 de julho de 1971 é um claro exemplo de "*modificación tácita de la Constitución, llevada a cabo mediante una interpretación de su texto totalmente distinta a la intención de los constituyentes.*"¹⁷²

A decisão apontada é o nascedouro da teoria do bloco que se desenvolve do plano constitucional. Tal decisão retrata a existência não apenas de um documento – a constituição de 1958 – mas sim de um verdadeiro bloco dotado materialmente de constitucionalidade, ou seja, “uma massa volumosa e sólida de uma ‘substância’ que é a Constituição”.¹⁷³ O volume ocorreu pelo aumento das disposições dotadas de valor constitucional, e a solidez consagrou a inserção de “toda uma série de regras ou de princípios que modificam a natureza dos direitos e liberdades.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ FAVOREU, L.; PHILIP, L., 1991, p.242 *apud* JOSINO NETO, Miguel. *O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

¹⁷¹ FAVOREU, L.; PHILIP, L., 1991, p. 248 *apud* JOSINO NETO, 2003.

¹⁷² PIZZORUSSO, A., 1989, p. 8 *apud* JOSINO NETO, 2003.

¹⁷³ Fazendo-se alusão ao conceito literal de bloco, segundo o dicionário Aurélio, e a teoria do bloco de constitucionalidade.

¹⁷⁴ FAVOREU, L.; PHILIP, L., 1991, p.242 *apud* MELO, Carolina de Campos. *O bloco da constitucionalidade e o contexto brasileiro*. [2000] Revista Direito, Estado e Sociedade nº 15. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev15_carolina.html>. Acesso em 01 de dez. de 2005.

Assim, as possibilidades de extensão do bloco de constitucionalidade são doravante praticamente ilimitadas.¹⁷⁵

É fácil notar que a Constituição francesa de 1958 não tinha em seu texto nenhum catálogo de direitos fundamentais, parte essencial das constituições do pós-guerra. Mas o seu preâmbulo traz uma série de disposições como se estas pertencessem ao texto Constitucional, com a seguinte redação:

O povo francês proclama solenemente sua adesão aos Direitos Humanos e aos princípios da soberania nacional tais como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada e complementada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946 [...]

Por sua vez, o Preâmbulo da Constituição de 1946 estabelece, *in verbis*:

No dia seguinte à vitória alcançada pelos povos livres sobre os regimes que tentaram reduzir à servidão e degradar a pessoa humana, o povo francês proclama de novo que todo ser humano, sem distinção de raça, de religião, nem de crença, possui direitos inalienáveis e sagrados. Reafirma solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de direitos de 1789 e pelos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.

O bloco da Constitucionalidade constitui fruto da necessidade de uma construção teórica que, por um lado, consolide e desenvolva o rol de direitos, mas que, por outro, não caia no denominado “risco do ativismo por parte do juiz constitucional”¹⁷⁶

Para melhor compreensão de seus elementos, passamos a explicitar os grupos de direitos formadores do bloco:

a) Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: Fruto da grande Revolução do séc. XVIII, a Declaração consolidou o postulado de universalidade. Informa uma nova maneira de pensar o Direito, ou seja, tem como figura central o indivíduo convivente com duas ordens diversas: a sociedade e o Estado. Consagra assim os denominados direitos de primeira geração, definidos por PAULO BONAVIDES como aqueles que “oponíveis ao Estado, traduzem-se como

¹⁷⁵ FAVOREU, L.; PHILIP, L., 1991, p. 249 *apud* MELO, [2000].

¹⁷⁶ MELO, [2000] *op. cit.*

faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”¹⁷⁷

A partir da decisão de julho de 1971, passou a referida Declaração a ser diretamente aplicada pelo Conselho Constitucional, o qual não estabeleceu restrição a nenhum de seus 17 artigos, considerando-os todos de mesmo valor.

b) Preâmbulo da Constituição de 1946: A experiência de um Preâmbulo só foi conquistada na França com a Constituição de 1946, o qual reafirma, como transcrito acima, a vitória alcançada pelos povos livres na Segunda Guerra Mundial.

Por outro lado, consagra também os direitos econômicos, sociais e culturais, principais matrizes do constitucionalismo do pós-guerra. São esses direitos os denominados de segunda geração, “vinculados materialmente a uma liberdade ‘objetivada’, atada a vínculos normativos e institucionais, a valores sociais que demandam realização concreta e cujos pressupostos devem ser ‘criados’, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância [...]”¹⁷⁸ Trata-se de um conjunto de direitos concretos: espécie de direitos-créditos implicando prestações positivas por parte do Estado e não mais em abstenções.

Assim como a Declaração de 1789, o Conselho Constitucional também considera o Preâmbulo de 1946 por inteiro, sem restrição a qualquer artigo.

c) Princípios Fundamentais das Leis da República: É falacioso o argumento de que o Conselho Constitucional, como por vezes acusado, consagre tais princípios de maneira arbitrária. Na realidade, as condições para seu reconhecimento são precisas: (a) deve tratar-se de legislação republicana, o que

¹⁷⁷ Itálico do autor. *Op. cit.*, p. 517.

¹⁷⁸ Itálico do autor. BONAVIDES, *Op. cit.* p. 521.

descarta a produzida durante outros regimes; e (b) deve ter sido aprovada antes da entrada em vigor da Constituição de 1946.

Já foram admitidos e aplicados como normas constitucionais por parte do Conselho Constitucional os seguintes princípios: liberdade de associação¹⁷⁹, direito de defesa¹⁸⁰, liberdade individual¹⁸¹, liberdade de cátedra¹⁸², liberdade de consciência¹⁸³, independência da jurisdição administrativa¹⁸⁴, independência dos professores universitários¹⁸⁵, competência exclusiva da jurisdição administrativa em matéria de anulação de atos de autoridade pública¹⁸⁶, e, finalmente, a autoridade judicial como guardiã da propriedade privada¹⁸⁷.

Em resumo, vale destacar que o Preâmbulo da atual Constituição francesa sintetiza dois momentos decisivos de sua história jurídica e ideológica: “1789 e 1946, entre uma concepção liberal dos direitos civis e políticos e uma concepção moderna de direitos econômicos e sociais.”¹⁸⁸ Inobstante a diferença temporal existente entre os dois corpos legislativos, estes têm a mesma data de nascimento para o ordenamento jurídico francês: a Constituição de 1958.¹⁸⁹

A decisão em tela tem o mérito de não ter conferido gradação hierárquica aos referidos Textos Constitucionais. Outrossim, não se forma somente um bloco de constitucionalidade, mas sim um bloco de normas de igual valor hierárquico.

É precisamente por isso que as antinomias tornam-se mais freqüentes do que em outros cenários constitucionais. Chegou-se a enfrentar, por diversas vezes, a problemática de se interpretar normas potencialmente contraditórias e de igual valor

¹⁷⁹ DC 44 de 16 de julho de 1971, Rec. 29.

¹⁸⁰ DC 70 de 2 de dezembro de 1976, Rec. 39.

¹⁸¹ DC 75 de 12 de janeiro de 1977, Rec. 33.

¹⁸² DC 87 de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.

¹⁸³ DC 87 de 23 de novembro de 1977, Rec. 42.

¹⁸⁴ DC 119 de 22 de julho de 1980, Rec. 49.

¹⁸⁵ DC 165 de 20 de janeiro de 1984, Rec. 30.

¹⁸⁶ DC 224 de 23 de julho de 1987, Rec. 8; DC 261 de 28 de julho de 1989, JO de 1 de agosto de 1989, p. 9681.

¹⁸⁷ DC 256 de 25 de julho de 1989, JO de 28 de julho de 1989, p. 9501.

¹⁸⁸ ROUSSILLON, 1996, p. 47 *apud* MELO, Carolina, [2000].

¹⁸⁹ MELO, *op. cit.*

no seio do bloco. Nesse sentido, é valorizado o papel do Conselho Constitucional como órgão responsável pela árdua tarefa da unificação da Constituição francesa.¹⁹⁰

Conforme LOUIS FAVOREU:

O juiz constitucional chegou, em menos de vinte anos, a realizar o que cerca de dois séculos de história não haviam conseguido levar a cabo: um conjunto constitucional suficientemente harmonioso e coerente, que combina a modernidade e as tradições e no qual, sobretudo, os direitos fundamentais foram finalmente integrados.”¹⁹¹

Historicamente, percebe-se que a atividade do Conselho teve seu maior destaque na década de 70, quando o cenário político lhe era favorável. Todavia, a renovação parcial de 1980 constituiu uma guinada diversa daquela que vinha o Conselho tomando. Nas célebres palavras do novo juiz do Conselho GEORGES VEDEL, na Jornada Jurídica Franco-Alemã de 1984, “o juiz constitucional francês deve apoiar-se nas disposições contidas nos textos constitucionais: no Direito não existe a *no man’s land* constitucional”¹⁹², afirmando que o juiz constitucional deve apoiar-se somente nas disposições contidas no próprio Texto Constitucional.

Dessa forma, ao longo dos últimos anos, destaca-se certa desaceleração na construção do Bloco da Constitucionalidade, atividade que certamente exigiria um contínuo esforço em termos de interpretação e solidificação do entendimento jurisprudencial. Percebe-se, outrossim, um retorno à valorização da simples letra da Constituição, o que frustra qualquer tentativa de ampliação ou atualização do rol de direitos fundamentais.

3.3 O bloco de constitucionalidade na ordem brasileira

3.3.1 Introdução

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Itálico do autor. FAVOREU, 1991, p. 42 *apud* MELO, Carolina, [2000].

¹⁹² VEDEL, 1991, p. 24 *apud* MELO, C. [2000].

A exaltação da decisão de 1971 tem o fito de incentivar a teorização de um bloco da constitucionalidade por parte da doutrina¹⁹³ e jurisprudência brasileiras. A noção de bloco de constitucionalidade envolve uma criação de direito constitucional realizada pelo órgão encarregado do controle de constitucionalidade das leis, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

Partindo do conceito de que o bloco de constitucionalidade não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito. De um lado, essa idéia abrange todos os princípios constantes do texto constitucional. Por outro, esse conceito abarca, igualmente, todos os princípios derivados da Constituição enquanto unidade, tais como o princípio da democracia, o princípio federativo, o princípio da federação, o princípio do Estado de Direito, o princípio da ordem democrática e liberal e o princípio do estado social, além do preâmbulo da Carta, os princípios gerais próprios do sistema adotado e, inclusive, princípios suprapositivos imanentes à própria ordem jurídica.

No sistema da Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, vários princípios perpassam-lhe o texto. Aliás, é fundamental que se diga que os princípios não se resumem ao artigo 1º, estando presentes, entre outros, nos arts. 34, VII, 60, § 4º, II, III e IV da CF (forma republicana, sistema representativo, regime democrático, direitos da pessoa humana, autonomia municipal, prestação de contas da administração pública direta e indireta, separação de poderes e outros). Esses princípios explícitos não esgotam outros que se encontram explícitos ou implícitos no próprio texto.

Pois o próprio STF já disse que dispõe

De irrecusável potestade interpretativa e construtiva, que lhe permite, até - sem perda da legitimidade de suas funções institucionais -, proceder a reinterpretções constantes da Constituição, com o objetivo de adequá-la às novas condições históricas, econômicas, políticas ou sociais e de transformá-la em um documento vivo e sempre atual". O Min. CELSO DE MELLO, relator, conclui seu raciocínio afirmando que "nesse processo, o Supremo Tribunal Federal expande o exercício da interpretação

¹⁹³ Não se poderia deixar de aludir à contribuição de José Alfredo Baracho. Em seu livro **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução**, (Rio de Janeiro: Forense. 1996), o constitucionalista mineiro dedica algumas linhas à teoria do bloco da constitucionalidade.

constitucional para muito além de referências meramente literais que se contêm no texto da Lei Fundamental.¹⁹⁴

A Constituição pode ser mudada pela interpretação¹⁹⁵ que se lhe dê, como anota JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA¹⁹⁶, “porque seu conteúdo permanece ‘aberto ao tempo’, ou, no dizer de HÄBERLE, a Constituição está sempre *unterwegs* (em andamento, em caminho)”. Nessa perspectiva, a Constituição revela-se como algo vivo, uma obra inacabada, em permanente mudança, integrante do ordenamento jurídico, dotada de unidade hierárquico-normativa¹⁹⁷ e coerência lógica.

3.3.2 Elementos: material e temporal

No delineamento do chamado bloco de constitucionalidade, dois elementos assumem relevância: o elemento material e o elemento temporal.

No tocante ao elemento material, a questão é identificar quais são as normas que integram o bloco de constitucionalidade num determinado ordenamento jurídico:

¹⁹⁴ LEX, JSTF, vol. 181, pág. 363. É o que denomina-se de interpretação construtiva e evolutiva.

¹⁹⁵ É o que LUÍS ROBERTO BARROSO denomina de “interpretação evolutiva”. O que é mais relevante não é a *accasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que acompanha ao longo de sua vigência. (*Interpretação e aplicação da constituição*. ed. 5. São Paulo, 2003, p. 145). MIGUEL REALE, ensina, as normas valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais. (Grifo nosso. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo, Saraiva, 1982, p. 594.)

¹⁹⁶ SILVEIRA, 1985, p. 14 *apud* JOSINO NETO, 2002.

¹⁹⁷ O reconhecimento da unidade hierárquico-normativa é extremamente significativa na resolução das chamadas antinomias jurídicas. O STF já decidiu (HC nº 69.912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. p/ Acórdão, Min. Carlos Velloso, LEX-JSTF 183, p. 290, especialmente p. 312, voto do Min. Paulo Brossard) que “a Constituição deve ser entendida como um todo e de maneira harmônica e sem contradições”. No desfecho da ADIn 74-8/RN LEX-JSTF 169, p. 9, Rel. Min. **CELSO DE MELLO**, restou decidido que as antinomias jurídicas podem “gerar a ruptura do sistema, enquanto estrutura lógica e racional, e desequilibrar-lhe o sentido totalizante e unificador, pela desagregação dos elementos que devem compô-lo em necessária relação de harmonia e independência. As antinomias jurídicas, por isso mesmo, infirmam a integridade do sistema, comprometem-lhe a unidade, negam-lhe a coerência interna, inibem-lhe a eficiência e tornam instável a ordem jurídica nele estruturada. [...]. A estrutura escalonada do ordenamento positivo permite a solução de tais conflitos pelo reconhecimento de precedência das espécies normativas de grau superior, nas quais repousa o fundamento de validade e de eficácia das regras inferiores. A teoria da graduação da positividade jurídica, reconhecendo a pluralidade de fontes institucionais, hierarquiza, numa relação de verticalidade, as normas que destas emanam. O problema do conflito de normas dentro de uma ordem jurídica impõe, para ser resolvido sistematicamente, distinção preliminar quanto à graduação de sua positividade. Tratando-se de normas situadas em planos desiguais de validade e eficácia, resolve-se a incompatibilidade vertical entre elas existente, pelo prevalecimento da regra de maior hierarquia”. No mesmo sentido, THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *in* Do Controle da Constitucionalidade. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1966, p. 71.

somente o texto escrito da Constituição (visão restrita), ou também outros textos, princípios e valores constitucionais além do texto escrito da constituição (visão ampla).

O elemento temporal concerne à situação, quanto à vigência, das normas que integram o bloco de constitucionalidade: podem ser consideradas para a declaração de inconstitucionalidade das leis somente normas constitucionais vigentes, ou normas vigentes e também normas de valor constitucional já revogadas.

Transcreve-se um trecho do voto do Min. CELSO DE MELO, proferido na ADIn, no qual são abordados alguns aspectos relevantes acerca deste complexo tema:

[...] no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. [...] ¹⁹⁸

¹⁹⁸ ADIn 595/ES, rel. Min. Celso de Melo, 18.02.2002, conforme transcrição contida no informativo STF, n. 258/2002.

4 DETERMINAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE OU O PARÂMETRO DE CONTROLE ABSTRATO

4.1 Considerações iniciais

O parâmetro para aferir a constitucionalidade é a Constituição. E o que é Constituição? Ou, quais os integrantes da Constituição? Não se tem o fito de responder essas perguntas, pois é de se considerar que há múltiplas acepções sobre a teoria do Constitucionalismo, singularizado em cada época e lugar. Mas aqui tem-se um conceito certo, sem qualquer discussão, visto que a própria existência do controle de constitucionalidade das leis permite afirmar que Constituição é o conjunto de normas jurídicas condicionantes da forma de produção e do conteúdo dos demais atos estatais (princípio da supremacia constitucional).

Como assevera J. J. GOMES CANOTILHO, “os atos legislativos e restantes atos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao **parâmetro constitucional**.”¹⁹⁹ Portanto, subordinados à própria Constituição.

Assim é a lição de JULIANO TAVEIRA BERNARDES, quando trata do parâmetro do controle abstrato de constitucionalidade:

[...] o órgão que realiza o controle abstrato de constitucionalidade atua de maneira balizada – de consequência, limitada – por certos parâmetros. Se

¹⁹⁹ Grifo do autor. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 919.

a inconstitucionalidade é relação que se estabelece entre determinado comportamento e a constituição, só se pode atribuir àquele a qualidade de inconstitucional depois de fixado a partir de qual parâmetro irá funcionar o juízo do controle de constitucionalidade.

[...] **o surgimento do controle jurídico de constitucionalidade não depende só da aceitação da idéia da supremacia constitucional.** Enquanto também não houvesse renúncia ao postulado do caráter supremo da vontade geral e, conseqüentemente, da lei por ela supostamente gerada, “apenas o órgão sintetizador da vontade geral, que era o Parlamento, teria legitimidade para fiscalizar a conformidade com a Constituição, das leis que ele próprio produzia”. [...] poderia haver controle de constitucionalidade realizado por órgãos políticos, inclusive de modo jurídico, mas não um controle jurídico da titularidade de órgãos judiciais. **Somente vigorando concepção que estabeleça a vinculação do legislador à constituição, de maneira juridicamente controlável por órgãos judiciais, é que se torna possível implementar controle jurídico de constitucionalidade do tipo judicial.**²⁰⁰ [grifou-se]

Complementando o que foi dito acima, MANUEL ARAGÓN ensina que o controle judicial abstrato de constitucionalidade caracteriza-se pelo modo jurídico com que é exercido, deve trabalhar com parâmetro de controle composto por normas, além de preexistentes, indisponíveis por parte do órgão controlador (parâmetro normativo-objetivo de controle), a partir de racionalidade decisória também jurídica.²⁰¹

A melhor forma de discutir o problema das normas de referência ou do parâmetro do controle é analisar alguns dos “elementos normativos” com que se pretende alargar o “bloco de constitucionalidade.”

Modelo I

Parametricidade direta da Constituição



²⁰⁰ Grifo nosso. BERNARDES, *op. cit.*, p. 119.

²⁰¹ ARAGÓN, *op. cit.*, p. 136-137 e 141 e segs.

Nesse modelo, a Constituição constitui o parâmetro direto de controle, havendo uma **relação de desvalor direta** sempre que entre as normas constitucionais e os atos normativos hierarquicamente inferiores existam antinomias – inconstitucionalidade direta.

4.2 Parametricidade indireta

HANS Kelsen, criador da visão do caráter escalonado do ordenamento jurídico, distinguiu a inconstitucionalidade dos atos que se encontram imediatamente subordinados à Constituição daqueles apenas medianamente subordinados a ela. HANS Kelsen, porém, identificou comportamentos fronteiros que dificultariam tal distinção. Exemplo seria o regulamento desconforme ao conteúdo da lei, porém baixado por autoridade cuja competência regulamentar estivesse, direta ou indiretamente, fixada na constituição. Outro caso seria a inconstitucionalidade do transbordamento legal verificado no regulamento que vulnerasse limites constitucionais opostos ao legislador, os quais teriam sido obedecidos pela lei regulamentada. No entanto, o mesmo autor não excluiu os atos secundários da fiscalização da justiça constitucional. Pelo contrário, considerando a natural divisão entre atos jurídicos gerais e particulares, defendeu a ampliação do controle de constitucionalidade à inconstitucionalidade indireta daqueles regulamentos.²⁰²

Dessarte, esclarece BERNARDES, que a Constituição prevê normas que subordinam a atuação estatal ao princípio da legalidade, assim, eventual desconformidade verificada entre o ato normativo regulamentar e aquilo estabelecido em lei implica a inconstitucionalidade daquele ato. De forma que o vício decorre não de ofensa direta do texto constitucional, mas da contradição entre o regulamento e a lei à qual deveria obedecer.²⁰³

Pois é em virtude do caráter escalonado do ordenamento jurídico, entre a norma fundamental (constituição) e a norma secundária (regulamento) que situa-se

²⁰² *La garantía...*, p. 27 e segs.

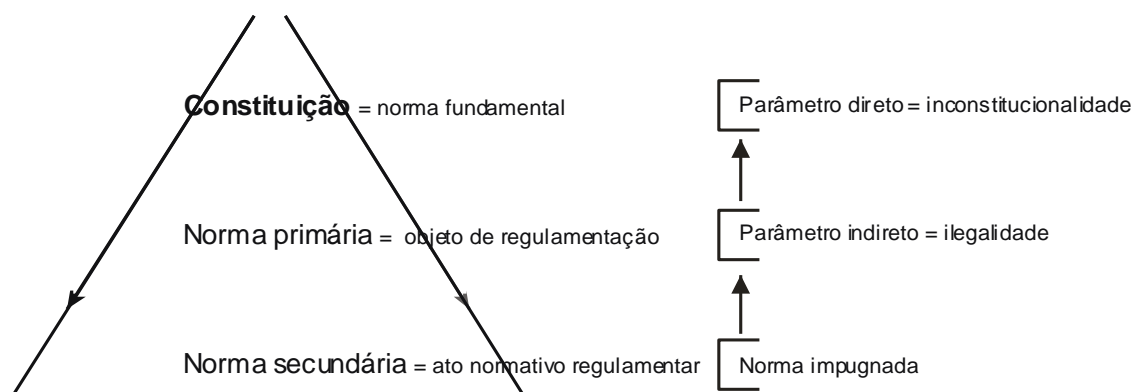
²⁰³ *Op. cit.*, p. 136.

a norma primária (a lei que foi objeto de regulamentação). Por isso, relação direta de desconformidade ocorre somente se contrastado o regulamento com a lei da qual deva extrair fundamento. Logo, a relação de inconstitucionalidade só se instaura de maneira indireta.²⁰⁴

Para fins de controle abstrato de constitucionalidade, o STF vem admitindo a inconstitucionalidade quando há confronto direto e frontal da norma impugnada em face da Constituição Federal.²⁰⁵ Portanto, a lei não pode ser utilizada como parâmetro indireto no controle de constitucionalidade do ato que a regulamenta.²⁰⁶

Modelo II

Parametricidade indireta da constituição



Neste modelo, a representação piramidal do sistema jurídico de HANS KELSEN é apenas e tão-somente um recurso de que se lança mão para que se

²⁰⁴ BERNADES, *op. cit.*, p. 136.

²⁰⁵ Por todos, cf. o seguinte acórdão: “CONSTITUCIONAL. COMERCIAL. SEGURO MARÍTIMO. REGULAMENTO. REGULAMENTO QUE VAI ALÉM DO CONTEÚDO DA LEI: QUESTÃO DE ILEGALIDADE E NÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Decreto-lei n. 73, de 21-11-1963. Decretos n. 60.459/67 e 61.589/67. I. Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites que esta lhe traça, comete ilegalidade e não inconstitucionalidade, pelo que não se sujeitam, quer no controle concentrado, quer no controle difuso, à jurisdição constitucional. Precedentes do STF: ADIns 536-DF, 589-DF e 311-DF, Velloso, RTJ 137/580, 137/1100 e 133/69; ADIn 708-DF, Moreira Alves, RTJ 142/718; ADIn 392-DF, Marco Aurélio, RTJ 137/75; ADIn 1.347-DF, Celso de Melo, ‘DJ’ de 1-12-1995. II. RE não conhecido.” (RE 189.550/SP, 2ª Turma, rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 27-6-1997, p. 30246).

²⁰⁶ *Ibidem*.

possa vislumbrar o ordenamento jurídico dada sua natureza abstrata. De modo que a conformidade com o ordenamento jurídico faz com que a lei seja dotada de validade, que é a sua "altura" (a lei como que recebe a sanção, de cima para baixo, dos planos hierárquicos superiores do ordenamento). Assim, de simples segmento de reta passa a ser uma figura geométrica plana: um triângulo, perpendicular ao estrato hierárquico (plano) a que pertence. A aproximação entre a "validade" (mundo ideal) e a "altura" (mundo real) é justificada pelo fato de que aquela é a pilastra sobre a qual está erigido todo o dever-ser, funcionando como verdadeiro fio de prumo.

Em razão dessa racionalidade de escalonamento, entre a norma fundamental (Constituição) e a norma secundária (regulamento) situa-se a norma primária (a lei que foi objeto de regulamentação). De forma que a relação direta de desvalor ocorre somente se contrastado o regulamento com a lei da qual deva extrair fundamento.

4.3 Parametricidade do direito suprapositivo

A suprapositividade do direito não se trata de elevar as normas para além do texto,²⁰⁷ mas a de admitir uma norma que está acima da ordem jurídica posta. Neste caso, acima da Lei Fundamental. Usar normas de direito suprapositivo como parâmetro de aferição de constitucionalidade é admitir que existem normas sobrepostas ao texto constitucional, sejam elas arraigadas ao direito natural ou a uma ordem internacional. Dessa forma, consagra a tese de OTTO BACHOF, de haver normas constitucionais inconstitucionais.²⁰⁸

²⁰⁷ Pois seria interpretação extensiva. Escreveu LUÍS ROBERTO BARROSO, nenhuma norma oferece fronteiras tão nítidas que eliminem a dificuldade de determinar se, na espécie, deve-se passar além ou ficar aquém do que as palavras parecem indicar. A doutrina, de forma um tanto casuística, procura catalogar as hipóteses de interpretação restritiva e extensiva. Há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos. A jurisprudência é oscilante e assistemática na matéria, adverte BARROSO. (*Op. cit.*, p. 121-122).

²⁰⁸ Cf. a clássica obra de BACHOF intitulada *Normas constitucionais inconstitucionais?* (Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra: Almedina, 1994). A tese de BACHOF parte do raciocínio segundo a qual a norma jurídica não é a decisão jurídica que a precede, mas a "declaração" dessa decisão. Assim, a positivação do direito supralegal teria apenas caráter declaratório de seu reconhecimento. Logo, inclui-se o direito supralegal no conceito de constituição material a despeito de positivação. O direito supralegal "vale" independentemente de reconhecimento. Ou seja, "o conceito

A parametricidade suprapositiva não pode ser utilizada para reconhecer a inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias. Conforme ensinam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA,

[...] admitir-se a existência originária de ‘normas constitucionais inconstitucionais’, por hipotética contradição com uma ordem de valores suprapositiva implica sempre a substituição do aplicador individual da Constituição ao próprio poder constituinte na tarefa de valoração dos princípios fundamentais da Constituição.²⁰⁹

A ordem constitucional global, ensina J. J. GOMES CANOTILHO,

[...] seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas.²¹⁰

Não se trata aqui, portanto, da validade material da ordem jurídica, mas apenas de saber quais normas e princípios a que os órgãos de controle podem apelar para aquilatar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos atos normativos.²¹¹

Assim, o direito suprapositivo só integra o bloco de constitucionalidade se entendido como a consideração de princípios constitucionais não escritos. Desta forma, esclarece CANOTILHO:

[...] o parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivisticamente às regras e princípios escrito nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.”²¹²

material da Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal”, daí porque a relação de inconstitucionalidade abrange não apenas as infrações aos preceitos textualmente formulados no documento constitucional, mas também as infrações às normas não-escritas da Constituição material. Dessa forma, se uma norma constitucional infringir outra norma da constituição, em sendo esta última positivadora de direito supralegal, a primeira delas, conquanto contraria ao direito natural, carecerá de legitimidade. Isso porque a “incorporação material” dos “valores superiores” faz com que “toda a infração de direito supralegal, deste tipo, apareça necessária e simultaneamente como violação do conteúdo fundamental da Constituição”.

²⁰⁹ CANOTILHO J. J. G.; MOREIRA, V. 1991, p. 45 *apud* BERNARDES, 2004, p. 131.

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 920.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 920.

Além disso, esse eminente autor considera que os princípios constitucionais não escritos só integram como elementos do bloco de constitucionalidade quando são reconduzíveis a princípios que promovam uma densificação ou revelação específica de princípios constitucionais positivamente plasmados.²¹³

Como adverte BERNARDES, nesses casos não se trataria verdadeiramente de um direito suprapositivo, pois foi acolhido, ainda que implicitamente, pelo texto constitucional.²¹⁴ Se o direito suprapositivo fosse invocado como parâmetro, se trataria de controle “supraconstitucional” e não “constitucional”, pois não bastariam as normas constantes na constituição. Dessa forma, conclui o eminente autor, citando REBELO DE SOUSA, que a violação de limites metapositivos não gera inconstitucionalidade, por inoperosidade do próprio conceito de inconstitucionalidade, o qual pressupõe constituição positiva, e não constituição metapositiva.²¹⁵

Então o direito suprapositivo integra o bloco de constitucionalidade? A resposta a essa pergunta dependerá da visão do autor do que considera o termo suprapositivo. Aqui se considera que somente a Constituição pode integrar o parâmetro de controle, posicionamento que se coaduna com a doutrina majoritária brasileira e portuguesa. Mas se deve salientar que a constituição deve ser vista no seu todo, incluindo tanto as regras de competência e de procedimento legislativo, como os seus **princípios materiais e valores nela incorporados** – que é tomada como padrão do julgamento da inconstitucionalidade.²¹⁶ Esse eminente autor, ainda salienta que

[...] o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao texto da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.²¹⁷

²¹³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 920.

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 130.

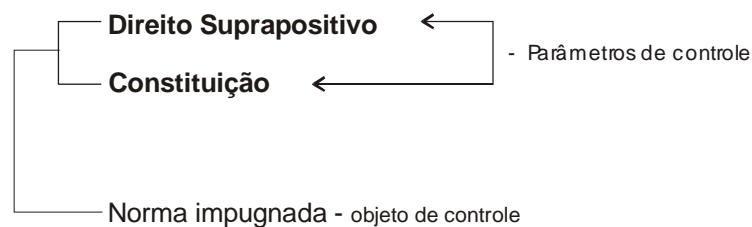
²¹⁵ *Op. cit.*, p. 130-131.

²¹⁶ Grifo nosso. COSTA, J. M. C.; 1987, p. 21 *apud* CANOTILHO, 2003, p. 921.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 921.

Modelo III

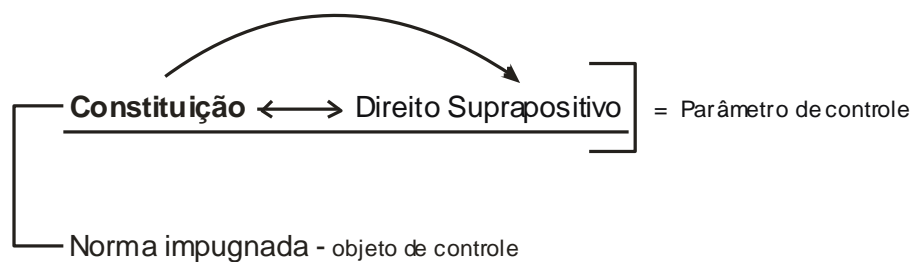
Parametricidade suprapositiva I
Visão sob a ótica de OTTO BACHOF



Nesse modelo, "se afasta um conceito de Constituição puramente formal, ao incluir o próprio direito suprapositivo na Constituição como padrão de controle", na visão de OTTO BACHOF. A Constituição (formal) se apresenta em plano distinto do direito suprapositivo, porém integra o bloco de constitucionalidade. Nota-se que na maioria das Constituições atuais, inclusive na brasileira, a inclusão dos direitos fundamentais do homem e da coletividade já é pacífica, levando a análise dos choques e colisões do campo externo (Direito Supralegal X Constituição) para o âmbito interno da Carta (hierarquia interna das normas).

Modelo IV

Parametricidade suprapositiva II
Visão sob a ótica de J. J. GOMES CANOTILHO



Nesse modelo, vislumbrado por meio do estudo de J. J. GOMES CANOTILHO, a suprapositividade é apenas uma forma de revelação ou densificação da Constituição, com a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco de constitucionalidade. A Constituição e o direito suprapositivo estão no mesmo plano, este, portanto constituindo um alargamento dos princípios explícitos da Constituição. Assim, servindo um, tanto quanto o outro como parâmetro de constitucionalidade.

4.4 Parametricidade dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais como integrantes do bloco de constitucionalidade não oferecem grandes dificuldades numa constituição, como a brasileira, consagradora de um amplo catálogo de direitos, abrangendo direitos, liberdades e garantias de direitos econômicos, sociais e culturais. Todos eles são, sem qualquer dúvida, normas de referência obrigatórias em qualquer controle da constitucionalidade dos atos normativos.²¹⁸

Deve-se salientar que o problema da parametricidade dos direitos fundamentais nem sempre se apresenta com facilidade no direito brasileiro. Como apresenta CANOTILHO em sua obra, houve muitas constituições que datam do século passado, consagrando formalmente apenas direitos de um certo tipo, são particularmente parcimoniosas no elenco dos direitos fundamentais. Outras ainda, esclarece esse autor, como a constituição francesa de 1958, reenviam para textos e preâmbulos de constituições anteriores, obrigando os aplicadores a uma delicada tarefa metódica para desvendar o exato alcance do bloco de constitucionalidade no que se refere aos direitos fundamentais.²¹⁹

²¹⁸ A inserção de uma declaração de direitos fundamentais nas constituições teve início após a 2.ª Guerra Mundial, como o despertar e toda a comunidade internacional no que tange à proteção dos direitos individuais como forma de garantir a dignidade da pessoa humana em âmbito mundial.

²¹⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 922.

Os únicos problemas que se podem suscitar dizem respeito aos *direitos fundamentais não formalmente constitucionais*, isto é, os direitos constantes de leis ordinárias ou de convenções internacionais,²²⁰ como veremos no próximo tópico.

4.4.1 Tratados sobre direito humanos (EC n.º 45/2004)

Houve sempre, no âmbito doutrinário, discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos e garantias individuais em razão do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, pelos mais renomados doutrinadores. Mas o Supremo Tribunal Federal sempre assentou que qualquer tratado internacional, qualquer que seja a matéria nele veiculada, uma vez integrado ao direito interno, tem *status* apenas de norma infraconstitucional, o que sepultava de vez os argumentos dos defensores do *status* constitucional desses tratados.²²¹ A título de exemplo, em 1997, o Tribunal teve a oportunidade de apreciar, na ADIn n. 1.480, a constitucionalidade dos atos de incorporação, no direito brasileiro, da Convenção n.158 da OIT. A orientação perfilhada pela Corte é a de que é na Constituição da República que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro, pois o primado da Constituição, em nosso sistema jurídico, é oponível ao princípio do *pacta sunt servanda*, inexistindo, portanto, em nosso direito positivo, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, “cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.”²²²

Nos termos do art. 5º, § 3º da Constituição, na versão da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (Reforma do Judiciário), “**os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos**

²²⁰ Itálico do original. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 922.

²²¹ ROCHA, Zélio Maia da. *O Direito Constitucional e o Novo Tratado Internacional*. 27/09/2005. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com.br/ensino/index.phtml?page_autor=67>. Acesso em: 08 de nov. de 2005.

²²² MENDES, *op. cit.*, p.211. Cf. ADIMC n. 1.480, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.06.2001.

respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". Aqui, afirma MENDES, "[...] afigura-se inequívoco que o tratado de direitos humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais."²²³ O §3.º do art. 5.º da Constituição federal veio, na realidade, reforçar a posição do Supremo Tribunal Federal, pois expressamente concede *status* constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos somente se eles seguirem o trâmite de votação equivalente ao das emendas.²²⁴

A emenda constitucional não alterou ou suprimiu o § 2º do art. 5º: apenas acrescentou o § 3º, pelo qual conferiu aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos — apenas sobre essa matéria, e não sobre qualquer direito fundamental — *status* de direito constitucional, desde que aprovado pelo mesmo processo legislativo das emendas. Agora, o resultado é a seguinte situação: qualquer tratado internacional recepcionado pelo direito interno pelas vias legislativas ordinárias tem *status* de norma infraconstitucional; tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, desde que recepcionados pelo direito interno mediante o procedimento legislativo das emendas à Constituição, têm apenas *status* de direito constitucional, ou seja, é direito constitucional apenas e exclusivamente sob o aspecto material, pois não é direito constitucional formal, mas integra o bloco de constitucionalidade.

Para a corrente que considera que o § 2º do art. 5º da CF confere força constitucional ao tratado que verse sobre direitos fundamentais, a Emenda Constitucional n.º 45/2004 não promoveu qualquer alteração. Para essa corrente, a força de normatividade constitucional para tais tratados independe de seu reconhecimento especial. O novo parágrafo é inovador apenas para a posição da Corte constitucional que não reconheceu força constitucional aos tratados internacionais.

Assim é a lição de ZÉLIO MAIA DA ROCHA no que se refere ao posicionamento do STF sobre a hierarquia dos tratados:

²²³ MENDES, *op. cit.*, p. 239.

²²⁴ Neste sentido ROCHA, *op. cit.*

[...] não foi alterado, uma vez que, ao contrário, restou ratificada a posição dos tratados em geral, ou seja, se não for sobre direitos humanos, não podem ter outra força que não a de norma infraconstitucional. Aboliu-se de vez, à luz da jurisprudência do Supremo, qualquer possibilidade de outra interpretação. Por outro lado à interpretação que se extrai da norma inserida no art. 5º é de que os tratados, mesmo que versem sobre direitos humanos, continuam tendo *status* de norma infraconstitucional, a não ser, é claro, que sejam inseridos no ordenamento jurídico pelo processo legislativo indicado no novo parágrafo. Isso afronta, a meu sentir, toda a construção do direito constitucional preservacionista dos direitos fundamentais, eis que possibilita a existência de um direito classificado como direitos humanos com ou sem força constitucional de acordo com a política interna da integração de um tratado internacional.²²⁵

A inserção do § 3.º no art. 5.º da CF, provocou uma situação que afronta o princípio da unidade constitucional, ou seja, agora há possibilidade de termos direitos humanos com estatura de norma infraconstitucional, convivendo com direitos humanos com estatura constitucional. Outro ponto negativo dessa regra é o fato de ficar a critério do Congresso Nacional²²⁶ a condição para conferir *status* constitucional ao tratado.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de não admitir preceito constitucional fora do texto formal da Constituição. Entende-se, contudo, que esse posicionamento do Supremo deve agora ser revisto. Se o tratado internacional sobre direitos humanos é equivalente a emenda constitucional, tem-se uma matéria constitucional que não está inserida em preceito normativo formalmente constitucional; ao contrário, surge uma matéria constitucional fora do texto constitucional formal. Esse preceito não ganhou forma constitucional, ganhou apenas estatura constitucional, esta estatura não nasceu do poder constituinte reformador, não recebeu a forma de emenda apenas recebeu, do poder constituinte reformador, força constitucional.²²⁷

Ocorre que o tratado internacional que trata de direitos humanos é um integrante do bloco de constitucionalidade, pois possui força constitucional, e, além

²²⁵ ROCHA, *op. cit.*

²²⁶ [...] mesmo que venha a se filiar à corrente que vê nos tratados internacionais força apenas infraconstitucional, duvidável a necessidade desse preceito constitucional para que se possa conferir ao tratados sobre direitos humanos natureza constitucional. Ora, se se consegue o procedimento proposto no § 3º, poder-se-ia muito bem elaborar uma emenda à Constituição, não servindo de argumento a via estreita dos legitimados à apresentação da emenda a justificar a votação de um tratado em vez da elaboração, discussão e votação de uma proposta de emenda (ROCHA, *op. cit.*).

²²⁷ ROCHA, *op. cit.*

de tudo, é em decorrência da natureza destes documentos que eles se contemplam com tal *status*. Ou melhor, a teoria do bloco de constitucionalidade é substancialmente ensejada pela integração desse documento, que possui *status* constitucional e evidencia matéria que constitui a vontade constituinte fundadora de construir um Estado em que os direitos humanos fossem a base do Estado Republicano.

Nesse contexto, é a lição do Ministro CELSO MELLO, que, em lapidar despacho proferido nos autos da Adin 595-ES, assim pontificou com ímpar clareza:

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.²²⁸

“É fato que agora se tem preceito constitucional fora da constituição formal, onde a idéia de bloco de constitucionalidade é realidade inabalável”²²⁹. Entende-se, todavia, que assim já era antes da emenda.

A partir do momento em o direito interno brasileiro receber um tratado internacional integrado à ordem interna brasileira pelo procedimento do § 3º, do art. 5º, existirá inquestionavelmente direito constitucional fora da Constituição formal (o que sempre foi rechaçado pela jurisprudência do STF), acarretando, inclusive, a possibilidade de controle de constitucionalidade em face de preceito fora da Constituição formal.²³⁰

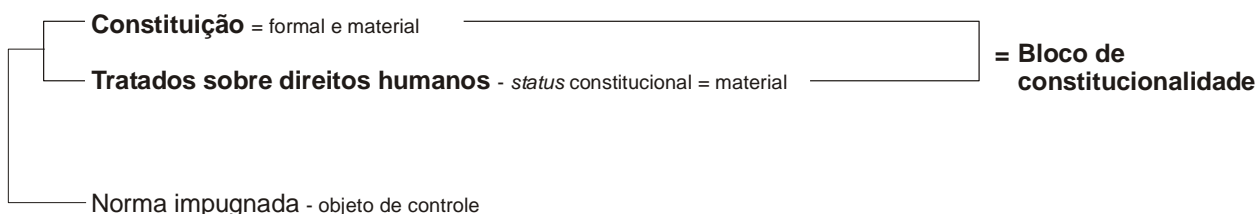
²²⁸ ADIn 595/ES, rel. Min. Celso de Melo, 18-02-2002, conforme transcrição contida no informativo STF, n. 258/2002.

²²⁹ Grifo nosso. ROCHA, *op. cit.*

²³⁰ *Ibidem*.

Modelo V

Parametricidade dos direitos fundamentais Tratados sobre direitos fundamentais (EC n.º 45/04)



No modelo acima, a teoria do bloco de constitucionalidade mostra seu vigor total no ordenamento brasileiro, visto que os tratados de direitos humanos, podem ser elevados a categoria de norma constitucional, ou seja, passando pelo processo legislativo previsto no § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, adquirem *status* constitucional. Porém, são apenas materialmente constitucionais, servindo como parâmetro direto para a aferição da constitucionalidade da leis.

4.5 Parametricidade interposta

Trata-se de aferir a constitucionalidade tendo por parâmetro direto norma infraconstitucional que se coloca em patamar hierárquico superior às demais leis. Como explica CANOTILHO, “existem casos de normas que, carecendo de forma constitucional, são *reclamadas ou pressupostas* pela constituição como específicas condições de validade de outros atos normativos, *inclusive* de atos normativos com valor legislativo.”²³¹

Para designar referidas normas, a doutrina denominou, por sugestão da publicística italiana, de **normas interpostas**.²³² Utilizando tal terminologia, cabe aqui

²³¹ Itálico do original. *Op. cit.*, p. 922.

²³² Grifo do autor. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 137.

estudar se fazem parte do bloco de constitucionalidade as normas “interpostas” entre a Constituição e as leis ordinárias.²³³

4.5.1 No direito alienígena

Há vários exemplos de parâmetros interpostos de controle de constitucionalidade no direito estrangeiro. Na Espanha, há regra expressa ampliando o bloco da constitucionalidade a normas contidas em diplomas estranhos ao texto constitucional.²³⁴ Na Itália, segundo ensina CERRI,²³⁵ são exemplos de normas interpostas reconhecidas pela Constituição como aptas a servir de parâmetro de controle de constitucionalidade: os princípios e critérios diretivos da legislação delegada (art. 76), as normas que constituem limites às competências regionais, as normas de direito internacional reconhecidas em caráter de generalidade (art. 10, primeira parte), os tratados que disciplinam a situação jurídica dos estrangeiros (art. 10, segunda parte), os tratados firmados com a Igreja Católica ou com outras confissões religiosas (arts. 7.º e 8.º), bem como os acordos internacionais por meio dos quais o Estado italiano renuncia, em condições paritárias, a parcela de sua soberania (art. 11).

Em Portugal, desde a revisão constitucional de 1989, mas principalmente a partir de 1997, nos termos do art. 112, n.º 3, da Constituição portuguesa, estabeleceu-se hierarquia normativa interposta às chamadas “leis de valor

²³³ Cabe ressaltar que o fundamento para incorporar as normas “interpostas” ao conjunto das normas que podem servir como parâmetro de controle de constitucionalidade recai na configuração de nível intermediário de hierarquia normativa entre normas de diferentes quilates. Porém, não se confundindo com a controvérsia subjacente ao parâmetro indireto, o problema envolve apenas normas do tipo primário (BERNARDES, *op. cit.* p. 138).

²³⁴ É o caso do art. 28, n.1, da LOTC espanhol, que manda o Tribunal considerar, além dos *preceptos constitucionales*, as leis que, “dentro Del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas”. O mesmo artigo, no § 2.º, ainda permite declarar inconstitucionais preceitos de decreto-lei, de decreto legislativo ou de lei que não tenham sido aprovados como o caráter de leis orgânicas ou de norma legislativa de uma Comunidade Autônoma, no caso em que esses tipos de normas tenham regulado matéria reservadas à lei orgânica ou que impliquem modificação ou derrogação de lei aprovada com tal caráter, qualquer que seja seu conteúdo. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 138, rodapé).

²³⁵ CERRI, A., 2001, p. 111 *apud* BERNARDES, *op. cit.*, p. 138.

reforçado”, que passaram a servir de “padrão de controle da legalidade de outras leis”.²³⁶ Como ensina CANOTILHO, sobre o contexto da Constituição portuguesa:

[...] podem apontar os seguintes exemplos: (1) as leis de autorização (cfr. Arts. 112.º, 165.º/2 e 198.º/1/b), consideradas como parâmetro normativo-material de decretos-leis autorizados ou de decretos legislativos regionais autorizados (art. 227.º/1/b); (2) as leis de bases (art. 112.º/2) consideradas como normas de referências dos decretos-leis de desenvolvimento (art. 198.º/1/c) ou decretos legislativos regionais de desenvolvimento (art. 227.º/1/c); (3) as leis estatutárias regionais (art. 226.º) que servem de parâmetro material às leis da República e aos decretos legislativos regionais; (4) as normas de direito internacional, se e na medida em que se considerem como tendo valor paramétrico relativamente ao direito legal ordinário (cfr. Art. 8.º/2); (5) os princípios fundamentais das leis gerais da República, consideradas como parâmetro material dos decretos legislativos regionais (arts. 112.º/4, 227.º/1/a); (6) as normas regimentais (regimentos), reclamadas com parâmetro material de validade do procedimento de formação das leis; (7) as leis especiais, materialmente determinantes de outras leis (art. 106.º/1, lei de enquadramento do orçamento).²³⁷

Na Alemanha, ensina MENDES, o direito federal serve como parâmetro na aferição da constitucionalidade do direito estadual:

O direito estadual [...] deve ter sua compatibilidade aferida com o direito federal (defesa da ordem federal). Nos termos da expressão literal do § 76 da Lei do *Bundesverfassungsgericht*, há de ser contemplar, igualmente, a possibilidade de aferição da legitimidade das normas federais secundárias com base em parâmetro estabelecido por leis federais formais. No entanto, deve-se concordar com a doutrina dominante que entende que a expressão “outras disposições do direito federal”, constante do referido preceito, refere-se, tão-somente, à aferição do direito estadual.²³⁸

4.5.2 No direito brasileiro

No direito brasileiro, ensina BERNARDES, a Constituição Federal não concedeu supremacia constitucional formal às normas veiculadas em outros diplomas. Sendo, neste caso, inviável a ampliação do bloco da constitucionalidade no direito brasileiro por meio de ato normativo infraconstitucional. Caso fosse possível, estaria ilegitimamente, concedendo hierarquia constitucional – mesmo que somente para fins de controle – as normas que não se sujeitaram ao processo

²³⁶ MORAIS, 2002, p. 195-197 *apud* BERNARDES, *op. cit.*, p. 138-139.

²³⁷ *Op. cit.*, p. 923.

²³⁸ *Op. cit.*, p. 145.

legislativo especial necessário à aprovação de emendas constitucionais. Tal ampliação incorreria, ela própria, em inconstitucionalidade, por infração ao art. 60 da CF/88.²³⁹

Os atos normativos primários infraconstitucionais, listados pela Constituição Federal nos incisos II a VII do art. 59,²⁴⁰ não possuem hierarquia entre si, ou seja, a Constituição não estabeleceu qualquer forma expressa de hierarquia entre esses atos normativos. No entanto, não é por isso que a questão das normas interpostas deixa de ter valor.

Como NELSON SAMPAIO defende, as “leis complementares só têm acima delas a Constituição, enquanto as leis comuns estão abaixo desta e daquelas.”²⁴¹ Assim, a discussão inicia-se em torno da constitucionalidade de leis ordinárias em face de normas contidas em leis complementares ou recepcionadas com tal *status* normativo.²⁴²

A questão da posição hierárquica que a lei complementar e a lei ordinária ocupa no ordenamento jurídico dispõe de duas posições doutrinárias divergentes, em que uns sustentam que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, tida como uma norma “interposta” entre a Constituição Federal e a lei ordinária, enquanto outros, que esta hierarquia absolutamente não existe, que se trata apenas de uma relação de competência *ratione materiae*, ou seja, é uma questão de reserva legal qualificada.

Alguns dos que sustentam que a lei complementar é hierarquicamente superior, equivocadamente alegam como motivo o fato de vir escalonada no artigo 59 da CF antes da lei ordinária. Porém, esse artigo não dispõe, nem diz expressamente tal hierarquia, tornando, esta argumentação sem razão alguma.

²³⁹ *Op. cit.*, p. 139.

²⁴⁰ Art. 59 da CF/88, I. ...; II. Leis complementares; III. Leis ordinárias; IV. Leis delegadas; V. Medidas provisórias; VI. Decretos legislativos e VII. Resoluções. (BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988).

²⁴¹ SAMPAIO, 1996, p. 65 *apud* BERNARDES, 2004, p. 139, rodapé.

²⁴² Isso porque respeitável parcela da doutrina defende a existência de relação normativa hierárquica das leis complementares ante as leis ordinárias.

Defendendo a hierarquia, pela superioridade formal, HUGO DE BRITO MACHADO diz que “a lei complementar é espécie normativa superior à lei ordinária, independentemente da matéria que regula. Mesmo que disponha sobre matéria a ela não reservada pela constituição, não poderá ser alterada ou revogada”.²⁴³ Ou seja, defende aqui que a identidade específica da lei complementar não deve ser buscada na matéria da qual ela se ocupa, mas no procedimento adotado para a sua elaboração. JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que as leis complementares “em regra não são hierarquicamente superiores às leis ordinárias. Todavia, tal hipótese pode acontecer se a lei complementar for o fundamento de validade para as leis ordinárias”.²⁴⁴

Alegando não haver hierarquia das leis complementares em relação às leis ordinárias, VÍTOR NUNES LEAL, leciona que

A designação de leis complementares não envolve, porém, como é intuitivo, nenhuma hierarquia do ponto de vista da eficácia em relação às outras leis declaradas não-complementares. Todas as leis, complementares ou não, têm a mesma eficácia jurídica, e umas e outras se interpretam segundo as mesmas regras destinadas a resolver conflitos de leis no tempo.²⁴⁵

Surge então o problema em saber se a lei complementar pode ser elevada a integrar o bloco de constitucionalidade, e dessa forma servir de parâmetro para declarar a inconstitucionalidade de uma lei ordinária.

A lei ordinária, como o próprio nome intitulado, é uma lei comum apta a versar sobre todas as matérias residuais não abrangidas pelo campo material predeterminado na Constituição para a lei complementar, enquanto a lei complementar é aquela em que a Constituição determina sua competência em relação às matérias que tratam, com quórum qualificado de maioria absoluta para ser aprovada (art. 69 da CF/88).

²⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 247.

²⁴⁵ LEAL, 1947, p. 382 *apud* BUSTO, Cristiano V. Fernandes. A hierarquia da Lei Complementar e da Lei Ordinária no ordenamento jurídico e o controle de constitucionalidade quando conflitantes. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 2, nº 82. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=302>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

HELENO TORRES sobre as peculiaridades da lei complementar em relação à lei ordinária afirma que

[...] as leis complementares encontram no sistema constitucional o respectivo campo material predefinido (competência), sob a forma de matérias sujeitas ao princípio de reserva de lei complementar (pressuposto material) e são aprovadas por maioria absoluta (pressuposto formal, art. 69, CF). Eis o quanto as diferem das leis ordinárias.²⁴⁶

Em regra, uma lei complementar, devido ao rigor de sua aprovação, poderia alterar ou vir a tratar de assunto de competência de lei ordinária, e não o contrário, ou seja, uma lei ordinária vir a alterar ou tratar de matéria de lei complementar, a não ser que, caso uma lei complementar, não obstante o rótulo e o quórum qualificado, invadisse esfera própria de lei ordinária, então poderia esta lei ordinária, vir a alterá-la ou até mesmo a revogá-la, pois esta lei complementar seria materialmente ordinária.

SOUTO MAIOR BORGES, que no regime da Constituição anterior criticou acerbamente a doutrina da relação hierárquica, acaba reconhecendo-a em relação à maioria dos casos previstos de lei complementar. A partir de uma adequada classificação da leis complementares, dividindo estas em dois grupos distintos “1º) leis complementares que fundamentam a validade de atos normativos (leis ordinárias, decretos legislativos e convênios); e 2º) leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos,”²⁴⁷ reconhece a hierarquia superior apenas das do primeiro grupo em relação às leis ordinárias, enquanto as do segundo grupo encontram-se na mesma categoria hierárquica em relação a lei ordinária.

Como visto, os argumentos giram em torno, principalmente, do quórum qualificado exigido para editar leis complementares, em especial quando estas estabelecem regra limitativa e regulatória de outras leis (servindo assim de

²⁴⁶ TORRES, 2002 *apud* BUSTO, 2004.

²⁴⁷ BORGES, 1975, p. 84 *apud* SILVA. *Aplicabilidade ...*, 2004, p. 247.

fundamento de validade para leis ordinárias), ou ainda por se considerar a “importância nacional” ²⁴⁸ de certos temas versados pelas leis complementares.

Assim, dada a distinção que faz o STF entre inconstitucionalidade direta e indireta,²⁴⁹ o conflito decorrente da atuação do legislador complementar *versus* legislador ordinário acabaria por refugir do objeto do controle abstrato de constitucionalidade exercido pela Corte. Assim, mesmo defendendo a tese da existência de hierarquia normativa entre lei complementar e lei ordinária, como visto acima, JOSÉ AFONSO DA SILVA defende o cabimento do controle de “constitucionalidade” (e não de simples ilegalidade) da lei ordinária que invada campo temático de lei complementar já editada. Para tanto, apropriando-se da expressão italiana “ilegitimidade constitucional”, consagra o autor intrincada fórmula pela qual haveria conflito normativo subordinado ao “princípio da compatibilidade vertical, entroncando, pois, na norma de maior superioridade hierárquica, que é a que ficou ofendida a Constituição.”²⁵⁰

Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a invalidade da lei ordinária decorre de invasão de competência deferida ao legislador complementar, não de quebra de hierarquia normativa. Há inconstitucionalidade direta, por desrespeito à regra constitucional que reservou o tratamento da matéria ao quórum privilegiado da lei complementar.²⁵¹

Cuida-se, então, de inconstitucionalidade direta, do tipo formal, exteriorizada pelo descumprimento do processo legislativo previsto na constituição.²⁵² Tem-se, dessarte, que as leis complementares não possuem superior hierarquia, não podendo ser consideradas “norma interpostas” ou de patamar intermediário entre a Constituição Federal e as demais normas infraconstitucionais.²⁵³ Eventual conflito é

²⁴⁸ Na expressão de BERNARDES, *op cit.*, p. 140.

²⁴⁹ Cf. item 4.2.

²⁵⁰ SILVA. *Aplicabilidade...*, p. 248.

²⁵¹ Nesse sentido, reportando-se a recurso extraordinário publicado na RTJ 105:194, por meio do qual se considerou inconstitucional lei estadual, em violação direta à Constituição, por infringir regra do Código Tributário Nacional (cf. POLETTI, 1997, p. 192-195 *apud* BERNARDES, 2004, p. 141, rodapé).

²⁵² BERNARDES, *op. cit.*, p. 141.

²⁵³ Surge daí duas competências processuais, salientada por MERLIN CLÉMERSON CLÈVE: (a) é cabível amplo controle abstrato da leis ordinárias que invadam campo temático de lei complementar;

resolvido mediante juízo quanto à inconstitucionalidade formal (orgânica) por invasão de competência.²⁵⁴

4.5.3 Da possibilidade jurídica da ocorrência de normas interpostas

As normas das Constituições estaduais, essas sim podem teoricamente receber a denominação de “normas interpostas”, porquanto se situam em grau normativo intermédio entre a Constituição Federal e os atos normativos primários estaduais e municipais.²⁵⁵ Mas nem por isso fazem parte do bloco de constitucionalidade. É que a Constituição de 1988 introduziu, no art. 125, § 2.º, a previsão expressa para que o constituinte estadual adote o controle abstrato de normas destinado à aferição da constitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual, de maneira que a constituição estadual serve de parâmetro independentemente de sua constitucionalidade. No máximo, as normas das constituições estaduais funcionarão como parâmetro subsidiário que auxiliará a identificação de violência direta à Constituição Federal.²⁵⁶

(b) exige-se o quórum previsto no art. 97 da CF/88 para a decretação judicial desse vício. (*apud* BERNARDES, 2004, p. 141).

²⁵⁴ BERNARDES, *op. cit.*, p. 141.

²⁵⁵ É de ressaltar que essa interposição de grau normativo só vale no âmbito das leis do Estado e dos Municípios sujeitos à mesma Constituição estadual. O conflito entre constituição estadual e legislação federal também se resolve pelo princípio da invasão de competência. (BERNARDES, *op. cit.*, p. 142, rodapé).

²⁵⁶ O problema do parâmetro subsidiário será abordado no item 4.7.

Modelo VI

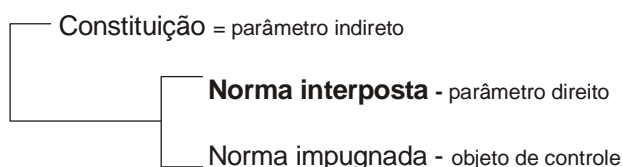
Parametricidade interposta- 1



Esse modelo, contempla as hipóteses de desconformidade entre um ato normativo e um outro de valor formal superior (mas de valor formal não constitucional) reclamado pela constituição como condição de validade (formal, procedimental ou substancial) do primeiro.

Modelo VII

Parametricidade interposta- 2



No modelo acima, a hipótese da parametricidade existente entre dois atos normativos de igual valor, mas em que um deles é expressa ou implicitamente considerado pela própria Constituição como dotado de caráter determinante em relação ao outro. Há, portanto uma relação de vinculação especial entre atos legislativos, como definiu JORGE MIRANDA.

4.6 Parametricidade mista

Abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.²⁵⁷ Ou seja, a circunstância de o controle abstrato de constitucionalidade trabalhar com parâmetros normativos examinados em tese apenas significa que o juízo feito pelo órgão controlador não está voltado à decisão de casos concretos. Isso não impede que por meio desse controle se promova a densificação das normas constitucionais.²⁵⁸ Se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser esse o meio próprio de inovação da ordem jurídica e instrumento adequado de concretização da ordem constitucional.²⁵⁹ É, assim, a jurisprudência constitucional uma das mais férteis fontes de revelação do conteúdo normativo da constituição. Deve-se salientar que a jurisprudência não é a única forma estruturante da interpretação constitucional, mas isso não impede de afirmarmos que o Supremo Tribunal Federal possui posição privilegiadíssima, visto que é o órgão que dá a última palavra sobre questões constitucionais, assim concretizando as normas constitucionais.

A sentença que aprecia o mérito de uma ação do controle abstrato de constitucionalidade não deixa de ser “norma de decisão” sobre o tema constitucional suscitado, ainda que essa norma esteja voltada à resolução de determinada situação fática concreta.²⁶⁰ Assim pode-se dizer que o controle abstrato de constitucionalidade não exclui o âmbito da norma, definido por MÜLLER como sendo “o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma

²⁵⁷ Itálico do autor. MENDES, *op. cit.*, p. 200.

²⁵⁸ Conforme CANOTILHO, o conceito de “densificação” das normas constitucionais “significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação das normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (= preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a conseqüente aplicação a um caso concreto.” (*Op. cit.*, p.1137). De outro lado, a “concretização” das normas constitucionais “traduz-se, fundamentalmente, no *processo de densificação* de regras e princípios constitucionais. A concretização da normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do seu enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídicos-constitucionais teremos o resultado final da concretização.” [Itálico do autor.] (*Idem.*) Ademais, ainda para CANOTILHO, a concretização “não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*.” [Itálico do autor.] (*Ibidem*).

²⁵⁹ MENDES, *op. cit.*, p. 200.

²⁶⁰ BERNARDES, *op. cit.*, p. 143.

escolheu para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação.” Disso conclui-se que o controle abstrato também não exclui a concretização da Constituição por meio de uma metódica estruturante, onde se analisam as “questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso.”²⁶¹ Portanto, segundo MÜLLER, se o teor literal da norma – a qual expressa o chamado “programa normativo” – é apenas a ponta do *iceberg*, a obtenção da “norma decisão” deverá precisar o “âmbito da norma” a ser concretizada.²⁶²

Dessa forma, a norma jurídica não é um “juízo hipotético” que se isola do seu âmbito de regulamentação, “mas uma interferência classificadora e ordenadora a partir da estrutura material do próprio âmbito social regulamentado.”²⁶³ Daí que elementos “normativos” e “empíricos” são interdependentes entre si e, a despeito disso, são “produtores de um efeito normativo de nível hierárquico igual.”²⁶⁴ “Legislação, administração e tribunais que tratam na prática o âmbito da norma como normativo, não sucumbem a nenhuma normatividade apócrifa do fáctico,” sem que disso decorra um “sociologismo” que torne tal processo de concretização um metódica “não-jurídica”.²⁶⁵

Portanto, a simples indicação da norma paramétrica que se entende violada pode não ser suficiente para individualizar uma questão de constitucionalidade.²⁶⁶ Esta despretensiosa monografia, diligencia para pôr às claras que em certos casos, o parâmetro de controle de constitucionalidade não se alcança somente a partir de elementos normativos, sendo também necessário agregar elementos factuais a fim de obter a plena materialização do bloco de constitucionalidade.²⁶⁷

O bloco de constitucionalidade, assim, assume uma composição mista, compreendendo tanto elementos “normativos” quanto “factuais”.²⁶⁸ Precipuamente quando o parâmetro principal de controle é formado por princípios constitucionais,

²⁶¹ MÜLLER, 2000, p. 69 *apud* BRAGA, 2005.

²⁶² MÜLLER, 2000, p. 57 *apud* BERNARDES, 2004, p. 143.

²⁶³ MÜLLER, 2000, p. 58 *apud* BRAGA, 2005.

²⁶⁴ MÜLLER, 2000, p. 59 *apud* BERNARDES, 2004, p. 143.

²⁶⁵ MÜLLER, 2000, p. 59 *apud* BRAGA, 2005.

²⁶⁶ CERRI, 2001, p. 113 *apud* BERNARDES, 2004, p. 144.

²⁶⁷ BERNARDES, *op. cit.*, p. 144.

²⁶⁸ RUGGERI, A.; SPADARO, A., 1998, p. 104 *apud* BERNARDES, 2004, p. 141.

revestidos que são de alto grau de abstração, a interpretação do órgão controlador deverá considerar elementos de fato para identificar a autêntica vocação normativa daqueles princípios.²⁶⁹ Portanto, uma análise da ontologia do princípio da isonomia permite entrever a necessidade de cautela na sua aplicação na relação jurídica processual.²⁷⁰ Isso significa dizer que, embora sob o rótulo da isonomia – quando considerado sob o seu aspecto puramente formal –, é possível que o magistrado cometa verdadeiras injustiças.²⁷¹ O princípio da igualdade, assim, deve ser compreendido em sua exata dimensão substancial. E é a partir da Constituição Federal que será possível obter-se essa compreensão.²⁷²

Dados factuais também são elementos constitutivos da racionalidade do funcionamento do princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle do excesso do poder legislativo.²⁷³ A propósito, é o que se infere o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e

²⁶⁹ É importante assinalar, que já se encontra superada a distinção que outrora se fazia entre norma e princípio. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, tem eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, tem, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema (BARROSO, *op. cit.*, p. 151).

²⁷⁰ Nessa hipótese, segundo CERRI, não é suficiente para individualizar a questão constitucional a mera indicação da norma impugnada e da norma constitucional em que se assenta o princípio da isonomia. Deve-se indicar um termo de comparação (*termine di raffronto*) por meio do qual se pode concluir tenha sido violada a igualdade. (CERRI, 2001 p. 113 *apud* BERNARDES, 2004, p. 145, rodapé). BANDEIRA DE MELO arrola os critérios de aferição da adequação do princípio da igualdade: "...b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica..."(BANDEIRA DE MELO, 2001, p. 41 *apud* BERNARDES, 2004, p. 145, rodapé). Assim, assevera BERNARDES, nem sempre a lei fornece elementos para identificar tais "características" e "traços" distintivos, percebe-se que a resolução do problema pode recair sobre elementos factuais pelos quais se consideram assemelhadas as situações ou as pessoas não-equiparadas (*Op. cit.*, p. 145, rodapé).

²⁷¹ HERTEL, Daniel Roberto. Reflexos do princípio da isonomia no direito processual. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>>. Acesso em: 29 jun. 2006.

²⁷² *Idem*.

²⁷³ RUGGERI, A.; SPADARO, A., 1998, p. 107 *apud* BERNARDES, 2004, p. 145.

a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.²⁷⁴

O princípio da proporcionalidade é estruturado por três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.²⁷⁵ Os dois primeiros trabalham com relações de otimização de possibilidades fáticas.²⁷⁶

Mesma consideração fática é necessária para identificar qual bem ou interesse, quando resguardados por normas conflitantes, devam prevalecer em caso de colisão de princípios constitucionais, hipótese em que a resolução do conflito costuma depender de juízo de ponderação pautado pelo princípio da proporcionalidade.²⁷⁷

As condições de fato assumem singular importância na interpretação de preceitos recheados de conceitos abertos ou tidos por “indeterminados”, como igualmente sucede na interpretação dos limites e do núcleo essencial de direitos fundamentais. Servem também de base na aferição de inconstitucionalidade formal (orgânica), para verificar quórum de votação; para perscrutar se o texto aprovado por uma casa legislativa é o mesmo aprovado pela outra;²⁷⁸ ou para constatar se determinada lei deva ser editada pela União, Estado ou Município, conforme o interesse predominante (nacional, regional ou local, respectivamente) em matéria de competência legislativa paralela.²⁷⁹

²⁷⁴ ADIMC-1407 / DF (Relator Min. CELSO DE MELLO).

²⁷⁵ **Princípio da Adequação:** O elemento estruturador da adequação ordena que a medida adotada para a realização do caso concreto seja apropriada aos objetivos almejados, perfazendo, portanto, o controle da relação e adequação entre o meio e o fim. **Princípio da Necessidade:** Em suma, “o emprego de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado, e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve ser escolhido aquele que traga menos desvantagens ou prejuízos.” E o **Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito**, este terceiro subprincípio da proporcionalidade exige uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim. Consoante CANOTILHO “os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”. [Itálico do autor.] (ANTUNES, Roberta Pacheco. O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 29 jun. 2006).

²⁷⁶ ALEXY, 2001 p. 112-113 *apud* BERNARDES, 2004, p. 145.

²⁷⁷ BERNARDES, *op. cit.*, p. 145.

²⁷⁸ Exemplos de CERRI, 2001, p. 115 *apud* BERNARDES, 2004, p. 146.

²⁷⁹ Exemplo citado por BERNARDES, *op. cit.*, p. 146.

Como afirma GILMAR FERREIRA MENDES:

Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e de aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia jurídica. [...] Hoje, não há como negar a comunicação entre norma e fato (*Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt*), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos. [...] **Restou demonstrado então que até mesmo no chamado controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional.**

Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com o exercício do controle pelo Tribunal [...].²⁸⁰
[grifou-se]

Essa a razão, segundo o mesmo ator,²⁸¹ pela qual se permite ao ministro-relator da ação direta, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (cf. §1.º do art. 9.º e § 1.º do art. 20 da Lei n. 9.868/99). GILMAR FERREIRA MENDES menciona que “positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.”²⁸² Explica que “trata-se de providência que confere um caráter pluralista ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.”²⁸³

As condições fáticas servem de elemento integralizador do bloco de constitucionalidade, pois trata de elemento decisivo, ainda, no juízo acerca do

²⁸⁰ Negrito nosso. MENDES, 1998, *op. cit.*, p. 193.

²⁸¹ MENDES, *op. cit.*, p. 244.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ *Ibidem*, p.244-245.

estágio de transição de determinada norma em processo de inconstitucionalidade progressiva (lei ainda constitucional).²⁸⁴

Sobre a declaração de constitucionalidade e a “lei ainda constitucional”, GILMAR FERREIRA MENDES ensina:

Em decisão de 23 de março de 1994, teve o Supremo Tribunal Federal oportunidade de ampliar a já complexa tessitura das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade, admitindo que lei que concedia prazo em dobro para a Defensoria Pública era de ser considerada constitucional enquanto esses órgãos não estivessem devidamente habilitados ou estruturados [...] pronunciou Moreira Alves, como se pode depreender da seguinte passagem de seu voto:

“A única justificativa que encontro para esse tratamento desigual em favor da Defensoria Pública em face do Ministério Público é a de caráter temporário: a circunstância de as Defensorias Públicas ainda não estarem, por sua recente implantação, devidamente aparelhadas como se acha o Ministério Público.

Por isso, para casos como este, parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a ser inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto essas circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade necessária para que se tornem inconstitucionais.

Assim, a lei em causa será constitucional enquanto a Defensoria Pública, concretamente, não estiver organizada com a estrutura que lhe possibilite atuar em posição de igualdade com o Ministério Público, tornando-se inconstitucional, porém, quando essa circunstância de fato não mais se verificar” [...]

Ressalvou-se, portanto, de forma expressa, a possibilidade de que o Tribunal possa vir a declarar a inconstitucionalidade da disposição em apreço, **uma vez que a afirmação sobre a legitimidade da norma assentava-se em uma circunstância de fato que se modifica no tempo.**

Posteriormente, no Recurso Extraordinário Criminal n. 147.776, da relatoria de Sepúlveda Pertence, o tema voltou a ser agitado de forma pertinente. A ementa do acórdão revela, por si só, o significado da decisão para atual evolução das técnicas de controle de constitucionalidade:

“Ministério Público: Legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135.328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da constituição — ainda quanto teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada — subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem.

2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68, C. Pr. Penal — constituindo modalidade de assistência judiciária — deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União

²⁸⁴ Cf. MENDES, *op. cit.*, p. 148.

ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. Será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135.328”72.

Tendo em vista a relevância do caso, convém se registre a íntegra do voto proferido por

Sepúlveda Pertence, *verbis*:

“No RE 135.328 — depois dos votos do Relator originário, o em. Ministro Marco Aurélio, seguido pelos em. Ministros Rezek, Galvão e Velloso, negando a qualificação do Ministério Público para as ações cogitadas e daquele do em. Ministro Celso de Mello, em sentido contrário, proferi voto vista nestes termos:

A questão deste RE está em saber, à luz do art. 129, IX, da Constituição, se foi recebido pela ordem constitucional vigente o art. 68 C. Pr. Pen. e, em consequência, se o Ministério Público retém a atribuição nele prevista — e a consequente legitimação *ad causam* ou capacidade postulatória, conforme seja ela entendida — para promover, a requerimento do interessado, a execução civil da sentença penal condenatória (CPP, art. 63) ou ação civil de reparação de danos ex delicto (art. 64), quando for pobre o titular da pretensão.

[...]

De logo, estou convencido de que a tese do Ministro Marco Aurélio — a de não caber a atribuição questionada na norma de encerramento do art. 129, IX, CF, por ser ela incompatível com as finalidades institucionais do Ministério Público — passa necessariamente — como ficou explícito no voto de S. Exa. — pelo art. 134 da Lei fundamental, que erige também a Defensoria Pública em ‘instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV’.

Do fato de ser a reparação do dano resultante do crime, quando sofrido por particular, um direito privado, patrimonial e disponível, não posso extrair a inexistência de um interesse social em que se propicie ao lesado, quando desprovido de recursos, o patrocínio em juízo de sua pretensão: prova-o o art. 245 da Constituição — que, segundo as considerações de Ada Grinover, lembradas pelo Ministro Celso de Mello — 72 RECrIm 147.776-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Lex-JSTF, 238:390. Caderno de Direito Constitucional – 2006 Gilmar Ferreira Mendes 273 se alinha à preocupação internacional com a proteção da vítima de atos criminosos, ‘que transcende à satisfação pessoal, para inserir-se no quadro dos interesses que afetam a comunidade como um todo e o próprio Estado’.

O aludido art. 245 da Constituição impõe ao Poder Público o dever de assumir a ‘assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito’: parece óbvio que se a efetivação desta reclama (sic) assistência judiciária — independentemente da previsão geral do art. 5º, LXXIV — o Estado há de propiciá-la, em nome de um interesse social específico, qualificado pelo preceito da Lei Fundamental.

Não obstante — como acentuou o em. Ministro Rezek — se há outra instituição do Estado votada (sic) a esse mister, não há como explicar se impunha (sic) ao fardo do Ministério Público ‘algo que não é insito às suas tarefas’.

Redargúi, é certo, o Ministro Celso de Mello que a Constituição não outorgou às atribuições da Defensoria Pública o predicado da exclusividade. O argumento, *data venia*, não se me afigura decisivo.

Quando a Constituição cria uma instituição lhe atribui determinado poder ou função pública, a presunção é que o faça em caráter privativo, de modo a excluir a ingerência na matéria de outros órgãos do Estado. ‘A adjudicação de prerrogativas diferentes a entidades distintas’ — ensinou Ruy (Comentários à Constituição Federal, Col. H. Pires, 1/408) —, ‘imprime *ipso facto* o *character* de usurpação ao ingresso de uma no domínio de outra’.

Certo, no julgamento liminar da ADIn 558, de 16.08.91 (RTJ 146/434/438), de que fui relator, entendeu o Plenário, na linha do meu voto, que não usurpava a função do MP de promover a ação civil pública para a proteção de interesses coletivos a atribuição à Defensoria Pública do seu patrocínio, quando propostas por entidades civis destinadas à sua defesa: é que, no ponto, ao passo que ao Ministério Público se outorgou legitimação ativa *ad causam*, para agir em nome próprio, à Defensoria Pública, ao contrário, o que se conferiu foi a atribuição, tipicamente sua de assistência judiciária a terceiros, concorrentemente legitimados com o Ministério Público para aquele tipo de demanda.

O mesmo, entretanto, não parece ocorrer na hipótese do art. 68, C. Pr. Penal: aqui, a subordinação da ação do Ministério Público ao requerimento do interessado indica cuidar-se de patrocínio em juízo de demanda alheia e não de legitimação extraordinária para a causa.

Impressionaram-me, contudo, na discussão que antecedeu o pedido de vista, as ponderações acerca da precariedade de fato, na maioria dos Estados, do funcionamento da assistência judiciária. Por isso, chegou-se a aventar — salvo engano em intervenção do em. Ministro Moreira Alves —, a possibilidade de condicionar-se o termo da vigência do art. 68, C. Pr. Penal a que já exista órgão de assistência judiciária, no forum competente para cada causa.

A sugestão se inspira na construção germânica do processo de inconstitucionalização da lei (Cf. Gilmar F. Mendes, Controle de Constitucionalidade, 1990, p. 88 ss.; J. C. Béguin, Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois en R. F. F. d'Allemagne, 1982, p. 273 ss.; Wolfgang Zeidler, relatório VII Conf. dos Tribunais Constitucionais Europeus, em Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas, Lisboa, 1987, 2ª parte, p. 47, 62 ss.).

Tenho o alvitre como fértil e oportuno.”

Em seguida, arrematou Sepúlveda Pertence, com peculiar precisão:

“O caso mostra, com efeito, a inflexível estreiteza da alternativa da jurisdição constitucional ortodoxa, com a qual ainda jogamos no Brasil: consideramo-nos presos ao dilema entre a constitucionalidade plena e definitiva da lei ou a declaração de sua inconstitucionalidade com fulminante eficácia ex tunc; ou ainda, na hipótese de lei ordinária pré-constitucional, entre o reconhecimento da recepção incondicional e a da perda de vigência desde a data da Constituição.

Essas alternativas radicais — além dos notórios inconvenientes que gera — faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade da realização da norma da Constituição — ainda quando teoricamente não se cuide de um preceito de eficácia limitada —, subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. É tipicamente o que sucede com as normas constitucionais que transferem poderes e atribuições de uma instituição preexistente para outra criada pela Constituição, mas cuja implantação real pende não apenas de legislação infraconstitucional, que lhe dê organização normativa, mas também de fatos materiais que lhe possibilitem atuação efetiva.

Isso o que se passa com a Defensoria Pública, no âmbito da União e no da maioria das Unidades da Federação. Certo, enquanto garantia individual do pobre e correspondente dever do Poder Público, a assistência judiciária alçou-se ao plano constitucional desde o art. 141, § 35, da Constituição de 1946 e subsistiu nas cartas subseqüentes (1967, art. 150, § 32; 1969, art. 153, § 32) e na Constituição em vigor, sob a forma ampliada de ‘assistência jurídica integral’ (art. 5º, LXXIV).

Entretanto, é inovação substancial do texto de 1988 a imposição à União e aos Estados da instituição da Defensoria Pública, organizada em carreira

própria, com membros dotados da garantia constitucional da inamovibilidade e impedidos do exercício privado da advocacia.

O esboço constitucional da Defensoria Pública vem de ser desenvolvido em cores fortes pela LC 80, de 12.1.94, que, em cumprimento do art. 134 da Constituição, 'organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados'. Do diploma se infere a preocupação de assimilar, quanto possível, o estatuto da Defensoria e o dos seus agentes aos do Ministério Público: assim, a enumeração dos mesmos princípios institucionais de unidade, indivisibilidade e independência funcional (art. 3º); a nomeação a termo, por dois anos, permitida uma recondução, do Defensor Público Geral da União (art. 6º) e do Distrito Federal (art. 54); a amplitude das garantias e prerrogativas outorgadas aos Defensores Públicos, entre as quais, de particular importância, a de 'requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições' (arts. 43, X; 89, X e 128, X).

A Defensoria Pública ganhou, assim, da Constituição e da lei complementar, um equipamento institucional incomparável — em termos de adequação às suas funções típicas —, ao dos agentes de outros organismos públicos — a exemplo da Procuradoria de diversos Estados —, aos quais se vinha entregando individualmente, sem que constituíssem um corpo com identidade própria, a atribuição atípica da prestação de assistência judiciária aos necessitados.

Ora, no direito pré-constitucional, o art. 68, C. Pr. Pen. — ao confiá-lo ao Ministério Público —, erigiu em modalidade específica e qualificada de assistência judiciária o patrocínio em juízo da pretensão reparatória do lesado pelo crime.

Estou em que, no contexto da Constituição de 1988, essa atribuição deva efetivamente reputar-se transferida do Ministério Público para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que — na União ou em cada Estado considerado —, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68, C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente.

O caso concreto é de São Paulo, onde, notoriamente, não existe Defensoria Pública, persistindo a assistência jurídica como tarefa atípica de Procuradores do Estado.

O acórdão — ainda não publicado — acabou por ser tomado nesse sentido por unanimidade, na sessão plenária de 1.6.94, com a reconsideração dos votos antes proferidos em contrário.

Ora, é notório, no Estado de São Paulo a situação permanece a mesma considerada no precedente: à falta de Defensoria Pública instituída e implementada segundo os moldes da Constituição, a assistência judiciária continua a ser prestada pela Procuradoria-Geral do Estado ou, na sua falta, por advogado."

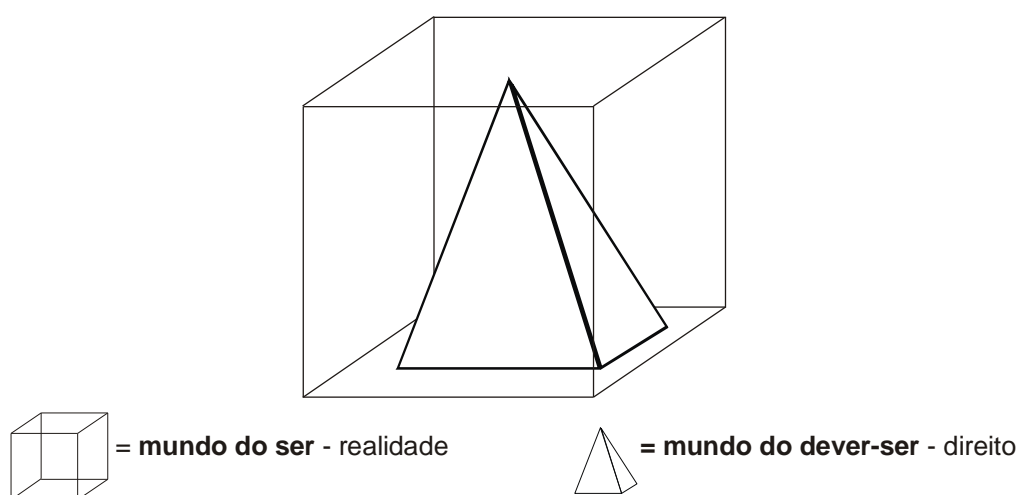
Fica evidente, aqui, que a nossa Corte deu um passo significativo rumo à flexibilização das técnicas de decisão no juízo de controle de constitucionalidade, introduzindo, ao lado da declaração de inconstitucionalidade, o reconhecimento de um estado imperfeito, insuficiente para justificar a declaração de ilegitimidade da lei.²⁸⁵ [grifou-se]

²⁸⁵ Grifo nosso. MENDES, *op. cit.*, p. 364-370.

Por isso, defendem RUGGERI e SPADARO, que os elementos factuais, por estranho que possa parecer, integram a própria estrutura interna do parâmetro de controle.²⁸⁶

Modelo VIII

Parametricidade mista



Dois mundos há que, apesar de distintos, se interpenetram: o mundo do ser e o mundo do dever-ser. O primeiro é o mundo da realidade, regido pelas leis naturais, fundadas na causalidade; o segundo é o mundo do direito, da fenomenologia jurídica e de suas formas de expressão.

Dando ao sistema jurídico uma perspectiva matemática, impõe-se que se possa traduzir, do ponto de vista da Geometria Euclidiana, a principal de suas formas de expressão na atualidade: a lei. É que a linguagem geométrica é universal e perene, sendo dotada de intrínseca e inigualável beleza.

Servindo-se, então, da beleza e elegância da Geometria Espacial, para melhor visualização desses fenômenos, poder-se-ia considerar o mundo dos fatos como um cubo e o mundo jurídico como uma pirâmide reta quadrada nele inserida,

²⁸⁶ RUGGERI, A.; SPADARO, A., 1998, p. 104 *apud* BERNARDES, 2004, p. 148.

com a mesma altura, porém com base menor que a daquele. Isso significa afirmar que o mundo do dever-ser está inserido no mundo do ser, dele partindo e a ele destinando-se. Tudo o que é jurídico importa ao mundo fático, pois o mundo do direito está calcado na realidade, nela haurindo sentido, mas nem todo fato é juridicamente relevante. A forma piramidal do ordenamento jurídico deriva do fato de ser ele hierarquicamente construído, a partir da sistemática de normas fundantes e fundadas (HANS KELSEN).²⁸⁷

4.7 Parametricidade subsidiária

A fiscalização da constitucionalidade nem sempre se resume ao confronto polarizado exclusivamente por normas constitucionais e normas impugnadas. Muitas vezes, a operação realiza-se de certo modo **triangular**,²⁸⁸ tocando outro componente de caráter subsidiário.

Não confundindo com a interpretação constitucional conforme as leis,²⁸⁹ o exame do órgão controlador não pode fazer abstração do fato de a Constituição e o resto do ordenamento não serem realidades distintas, mas **perspectivas** diversas de uma mesma realidade que se esclarecem mutuamente.²⁹⁰

Não será demasiada a repetição, por fim, de que a interpretação do direito não pode ser feita em tiras, aos pedaços. Não se interpreta, portanto, o texto de lei, mas o direito, lançando-se mão de um processo hermenêutico que considera o

²⁸⁷ *Op. cit.*, p. 246.

²⁸⁸ BALAGUER CALLEJÓN, 2001, p. 107 *apud* BERNARDES, 2004. p. 148.

²⁸⁹ O parâmetro subsidiário não se confunde com a interpretação da constituição conforme as leis, pois tem por objetivo principal a identificação de desconformidade de atos normativos para com a constituição. Assim, apesar de indiretamente servir de auxílio no trabalho de aclaramento do campo de incidência da norma constitucional, a utilização da parametricidade subsidiária está voltada à correta sintonia do parâmetro direto do controle de constitucionalidade de atos infraconstitucionais e não com a descoberta do conteúdo significativo da própria constituição (BERNARDES, *op. cit.*, p. 149, rodapé).

²⁹⁰ Negrito do autor. BERNARDES, *op. cit.*, p. 149.

ordenamento jurídico como um todo e, conseqüentemente, a legislação infraconstitucional.²⁹¹

Na sistemática brasileira, o exame da eventual inconstitucionalidade da lei ordinária por invasão de campo temático de lei complementar não pode olvidar as normas nesta contidas. Essa peculiaridade, aliás, já foi percebida por GILMAR FERREIRA MENDES, para quem, embora não configure “exatamente um parâmetro do controle abstrato”, o direito federal funciona como “simples índice para aferição da ilegitimidade ou da não-observância da ordem de competência estabelecida na Constituição”.²⁹²

JULIANO TAVEIRA BERNARDES na tentativa de qualificar algo que, apesar de imprestável para servir como parâmetro de constitucionalidade direto ou autônomo, possui inegável importância na identificação de comportamentos inconstitucionais, propõe-se utilizar o conceito de parâmetro “auxiliar” ou “subsidiário”.²⁹³ Assim, pormenoriza, o citado autor, que o parâmetro auxiliar funcionaria como compasso, no controle de constitucionalidade, nas vezes em que se revelarem insuficientes, por si sós, o parâmetro principal (direto) e o misto (parâmetro direto conjugado com elementos factuais).²⁹⁴ Inclui-se na categoria das normas constitucionais subsidiárias os **costumes constitucionais**.²⁹⁵

Os costumes constitucionais, segundo ANA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, situam-se no limiar entre as normas constitucionais em sentido estrito e as normas infraconstitucionais. São estabelecidos por poder constituinte do tipo “difuso”, pois “invisível, que intervém quando necessário para preencher lacunas ou interpretar

²⁹¹ FORGIONI, Paula e GRAU, Eros Roberto. *Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. lei nº 8.884, de 1994, e lei nº 6.729, 1.979 (“Lei ferrari”)*. Boletín Latino americano de competência. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/international/others/latin_america/boletin/boletin_5_1_es.pdf>. Acesso em: 14 de jul. 2006.

²⁹² *Op. cit.* p. 192.

²⁹³ *Op. cit.*, p. 151.

²⁹⁴ *Ibidem*.

²⁹⁵ Para ANA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, costume constitucional é a “expressão do poder constituinte *difuso*, manifestação do poder constituinte latente atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal *costume* consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida ou desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita.” [Itálico do autor.] (1986, p. 185 *apud* BERNARDES, 2004, p. 152, rodapé).

disposições constitucionais obscuras”.²⁹⁶ Todavia, justamente por serem obra de poder constituinte difuso, não expressamente previsto na constituição, os costumes constitucionais não dispõem “da mesma eficácia das normas constitucionais escritas postas pelo constituinte originário ou pelo poder de revisão.”²⁹⁷ Entretanto, na prática, “o controle de constitucionalidade exercido sobre as leis pode, indiretamente, com base em norma constitucional costumeira, entender inconstitucional determinada lei ordinária.”²⁹⁸

Assim ensina BERNARDES:

[...] não cabe confundir o parâmetro subsidiário com elementos internos de identificação da norma paramétrica principal (parâmetro misto, normativo-factual). É que, a despeito de servir à obtenção do “índice” da eficácia negativa da norma paramétrica em relação à norma impugnada, assim contribuindo na interpretação da vocação normativa da disposição constitucional, o parâmetro subsidiário constitui elemento normativo heterogêneo, meramente auxiliar. Bem verdade, o parâmetro normativo subsidiário até pode ter por escopo a “densificação” da própria norma constitucional paramétrica. Contudo, essa constatação só reforça a natureza interativa que a legislação desempenha em matéria de controle de constitucionalidade, sem que com isso se queira desnaturar o parâmetro formado pelas normas constitucionais, tomando o criador (constituição) pelo conteúdo da criatura (legislação complementar que serve de parâmetro subsidiário).²⁹⁹

O parâmetro subsidiário é tema pertinente quando tratamos da questão da legitimidade da lei delegada e da lei de conversão de medida provisória, quando contrastadas, respectivamente, com a resolução delegante de poder legislativo ao

²⁹⁶ FERRAZ, 1986, p. 183 *apud* BERNARDES, 2004, p. 153.

²⁹⁷ FERRAZ, 1986, p. 184 *apud* BERNARDES, 2004, p. 153.

²⁹⁸ FERRAZ, 1986, p. 186 *apud* BERNARDES, 2004, p. 153. Prosseguindo com FERRAZ: “Se lei ordinária intervém em campo que lhe é vedado, porque de natureza constitucional, a lei ordinária é inegavelmente inconstitucional e o costume constitucional que atue a mesma matéria prevalece, diante de confronto constitucional. Se, todavia, a norma ordinária é o meio previsto constitucionalmente para a complementação de disposições constitucionais e atuação da norma constitucional – o que pode decorrer conforme ordenamento jurídico considerado –, o costume constitucional poderá ceder diante dela. Assim, num confronto com normas ordinárias pode prevalecer ou não, o que significa dizer que pode, em determinadas circunstâncias e dentro de certos limites, ser afastado por elas. Exemplifique-se. Costume constitucional que preencha lacuna constitucional, à falta de lei complementar que o faça: a lei formal, quando advier, pode suprimir o costume. Outro exemplo: um costume constitucional que interprete norma constitucional imperfeita ou imprecisa, atribuindo-lhe um dos possíveis sentidos abrigados pela norma. Esse costume pode ser afastado ou por interpretação constitucional judicial ou interpretação constitucional legislativa. Na primeira hipótese, se a aplicação concreta do costume foi submetida aos tribunais e esses o entenderam inconstitucional. Na segunda, se a matéria versar para poder ser integrada por lei.” (FERRAZ, 1986, p. 182-183 *apud* BERNARDES, 2004, p. 153-154, rodapé).

²⁹⁹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 154.

Presidente da República e com a medida provisória originária.³⁰⁰ Trata-se da discussão em torno da chamada **inconstitucionalidade conseqüente** (ou derivada), que resulta dos efeitos da inconstitucionalidade de uma norma que se refletem noutra norma que com aquela mantém alguma relação de dependência. Fato que essa dependência não advém do conteúdo da norma originária, até porque a desconformidade daí surgida seria do tipo material, o que pressuporia inaceitável diminuição do *status* normativo da norma derivada. Como entre elas não há relação normativa de supra ou infra-ordenação, a dependência é estabelecida pelo próprio constituinte, que condiciona a validade do ciclo de formação da norma derivada à conformidade constitucional da norma originária.³⁰¹ JORGE MIRANDA adota a expressão de vinculação de caráter especial entre atos normativos.³⁰² É o caso de inconstitucionalidade conseqüente não-hierárquica por dependência intrínseca, como veremos no próximo item. Decorrendo tal vinculação (da norma derivada) de regra criada pela própria constituição, emerge autêntica relação de inconstitucionalidade **direta**,³⁰³ cuja avaliação não pode dispensar o parâmetro subsidiário representado pela norma originária.³⁰⁴

Dessa forma, mais uma vez mencionando o estudo de BERNARDES sobre este tema, é de aceitar que a resolução delegante de poder legislativo ao Presidente da República e a medida provisória originária funcionariam como naturais parâmetros subsidiários na avaliação da constitucionalidade, respectivamente, da lei delegada e da lei objeto de conversão de medida provisória.³⁰⁵

³⁰⁰ *Ibidem*.

³⁰¹ BERNARDES, *op. cit.*, p. 154.

³⁰² MIRANDA, 1991, p. 326 *apud* BERNARDES, 2004, p. 155.

³⁰³ FERRAZ citado por BERNARDES comentou a respeito da lei delegada, “cabe lembrar que se trata de exorbitância de ato normativo (a lei delegada) que deriva da Constituição e que tem o valor das leis em geral. Assim sendo, o parâmetro para o exercício do controle da lei delegada, sob qualquer ângulo, será, sempre, em última análise, a Constituição.” (p. 155, rodapé).

³⁰⁴ BERNARDES, *op. cit.*, p. 155.

³⁰⁵ BERNARDES, *op. cit.*, p. 155-156.

4.7.1 A utilização do parâmetro subsidiário na jurisprudência do STF

A jurisprudência do STF, ao menos expressamente, não tem atentado à relevância dos atos normativos subsidiários como parâmetro direto do controle de constitucionalidade. A Corte entende haver “impossibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei, quando, para o deslinde da questão, se mostra indispensável o exame do conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais de lei ou matéria de fato”³⁰⁶

Inadvertidamente ou não, a utilização de parâmetro subsidiário de controle fica clara quando o STF, para verificar a inconstitucionalidade formal de lei estadual que invada competência legislativa geral da União (CF, § 1.º do art. 24), realiza contraste da norma impugnada com ato legislativo federal já editado. Exemplo foi que, para suspender a eficácia de lei estadual que rebaixou a idade mínima de habilitação para conduzir veículo automotor, a Corte analisou a disciplina respectiva contida no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23-9-1997, art. 27) e no Código Penal (art. 27).³⁰⁷

Para defender o controle de constitucionalidade abstrato dos decretos legislativos que sustam atos do Poder executivo, foi preciso admitir a utilização subsidiária da lei regulamentada ou da delegação legislativa, como fica claro neste acórdão:

[...] O exame de constitucionalidade do decreto legislativo que suspende a eficácia de ato do Poder Executivo impõe a análise, pelo Supremo Tribunal federal, dos pressupostos legitimadores do exercício dessa excepcional competência deferida à instituição parlamentar. Cabe à Corte Suprema, em consequência, verificar se os atos normativos emanados do Executivo ajustam-se, ou não, aos limites do poder regulamentar ou aos da delegação legislativa. A fiscalização escrita desses pressupostos justifica-se como imposição decorrente da necessidade de preservar, “hic et nunc”, a integridade do princípio da separação de poderes.³⁰⁸

³⁰⁶ ADIn 1.523/SC, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU de 18-5-2001.

³⁰⁷ Cf. ADIn 474-3/RJ, rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJU de 3-5-1996; e ADIn 532/MA, rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJU de 12-3-1999, p.1.

³⁰⁸ ADInMC 748/RS, rel. Min. CELSO DE MELO, DJU de 6-11-1992, p. 20105.

Outro exemplo trata do julgamento da ADIn 493/DF,³⁰⁹ em que o STF julgou inconstitucionais normas da Lei n. 8.177, de 1º-5-1991, por haverem contrariado a garantia constitucional da não-retroatividade das leis. Para tanto, afirmou a Corte a presença de direito adquirido à manutenção de determinados índices de correção monetária fixados em contratos preexistentes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Isso só foi possível porque a norma constitucional violada teve de ser interpretada à luz da legislação que antes – da lei impugnada – regia a matéria e da qual se extraíram os índices aplicados nos contratos então em curso.³¹⁰ Continuando, o mesmo ator assevera: o direito que a norma constitucional preservava era aquele adquirido em razão da aplicação de legislação infraconstitucional anterior, a qual, a despeito de não compor o bloco de constitucionalidade, teve papel de parâmetro subsidiário no controle de constitucionalidade da legislação superveniente.³¹¹

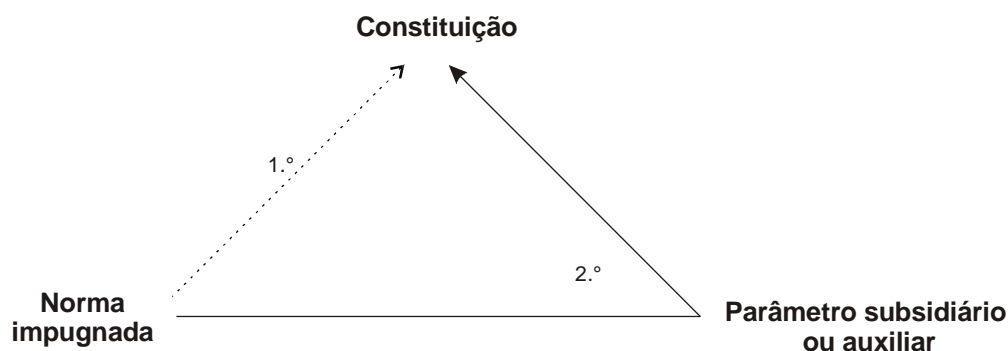
³⁰⁹ Rel. Min. MAREIRA ALVES, DJU de 4-9-1992. Eis a ementa respectiva: “Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna. Também ofendem o ato jurídico perfeito os dispositivos impugnados que alteram o critério de reajuste das prestações nos contratos já celebrados pelo sistema do Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP). Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, "caput" e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991.”

³¹⁰ BERNARDES, *op. cit.*, p. 159.

³¹¹ *Ibidem*. Em sentido oposto, porém, decidiu o STF na ADInMC 842/DF: “Ação direta de inconstitucionalidade – Lei n. 8.541/92 (art. 56 e pars.) - alegada ofensa ao princípio constitucional do concurso público e a regra de validade temporal das provas seletivas (cf, art. 37, II e III) – Ato de efeitos concretos – Inidoneidade objetiva dessa espécie jurídica para fins de controle normativo abstrato – Juízo de constitucionalidade dependente da previa análise de atos estatais infraconstitucionais – Inviabilidade da ação direta – Não-conhecimento. Atos estatais de efeitos concretos, ainda que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, a jurisdição constitucional abstrata do supremo tribunal federal. a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o enquanto objeto juridicamente inidôneo - para o controle normativo abstrato. - a ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (cf, art. 5. LXXIII). **Não se legitima a instauração do controle normativo abstrato quando o juízo de constitucionalidade depende, para efeito de sua prolação, do prévio cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outras normas jurídicas infraconstitucionais editadas pelo poder público. a ação direta não pode ser degradada em sua condição jurídica de instrumento básico de defesa objetiva da ordem normativa inscrita na constituição. a válida e adequada utilização desse meio processual exige que o exame "in abstracto" do ato estatal**

Modelo IX

Parametricidade subsidiária



Nesse modelo, utiliza-se a forma geométrica para melhor visualizar a operação de controle de constitucionalidade tendo por base a parametricidade subsidiária, já que, nem sempre o controle de constitucionalidade se resume ao confronto polarizado exclusivamente por normas constitucionais e normas impugnadas. Muitas vezes a operação de aferição da constitucionalidade realiza-se de certo modo triangular, tocando outro componente de caráter subsidiário. Assim, a 1.º perspectiva mostra-se muitas vezes fragmentária, sendo necessário tomar outra perspectiva (auxiliar), que possibilite a densificação da norma constitucional paramétrica.

impugnado seja realizado exclusivamente a luz do texto constitucional. desse modo, a inconstitucionalidade deve transparecer diretamente do texto do ato estatal impugnado. a prolação desse juízo de desvalor não pode e nem deve depender, para efeito de controle normativo abstrato, da previa análise de outras espécies jurídicas infraconstitucionais, para, somente a partir desse exame e num desdobramento exegético ulterior, efetivar-se o reconhecimento da ilegitimidade constitucional do ato questionado. [grifo nosso.] (Rel. Min. CELSO DE MELO, DJU de 14-05-1993, p. 9002).

CONCLUSÃO

Conforme se verifica nas duas primeiras partes do corpo da pesquisa, é grande a complexidade dos aspectos substanciais do controle de constitucionalidade no direito brasileiro. É o controle abstrato que possui uma série de peculiaridades, é uma atividade jurisdicional complexa que desempenha uma função de enorme importância, justificando-se tratá-la como um processo de caráter especialíssimo.

A jurisprudência impõe rédeas ao progresso da fiscalização abstrata, dificultando a visualização dos reais parâmetros de controle e relutando em ampliar o objeto dos pronunciamentos do controle às normas, não o restringindo só às preposições, como visto no corpo da pesquisa.

O Supremo Tribunal Constitucional, de maneira tímida, tem alargado os parâmetros para a verificação da constitucionalidade das leis, afastando-se do apego exagerado ao positivismo jurídico, fenômeno caracterizado pelo legalismo formal, cujo expoente principal repousa na figura de Hans Kelsen. De tal maneira, possibilita-se a formulação de um bloco de constitucionalidade que não se limita às disposições singulares do direito constitucional escrito, e que constitui um verdadeiro alicerce informador do ordenamento jurídico brasileiro, alçado à categoria de “termômetro” de verificação e interpretação do atual sistema constitucional inaugurado em 1988.

A filtragem constitucional, não é apenas garantidora da supremacia constitucional na evolução do constitucionalismo, eleita também como fator

potencializador da abertura do sistema jurídico que toma como eixo a defesa da força normativa da Constituição e a necessidade de uma dogmática constitucional principialista. Para se ter a exata compreensão, ou, de maneira mais audaciosa, para se conceituar a Constituição, utiliza-se seu próprio instituto de defesa, ou seja, a filtragem constitucional que permite pensar o Direito Constitucional em diálogo com as realidades sociais, políticas e econômicas.

O alargamento do bloco de constitucionalidade parece ser tímido em nosso ordenamento, que viveu por longos anos sob a poeira do positivismo jurídico, da ditadura dos esquemas lógico-subjuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral, da idéia do juiz neutro e passivo, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico, da negação de normatividade aos princípios e, assim, em grande parte, à própria Constituição. O velho paradigma morreu e já se vive em outra época que trouxe a capacidade para considerar os princípios como normas (está aí muito visível), que trouxe a inevitável intervenção da moral na solução dos casos difíceis, que trouxe a técnica da ponderação na aplicação do direito, que trouxe o ingresso dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica. Enfim, apenas parece, mas verdadeiramente o alargamento do bloco de constitucionalidade não é tímido, está presente, mas ofuscado por este processo de transição.

O novo já nasceu, mas a intensidade da vida, ainda tenra, impede que este novo fale por suas palavras. Daí usar para falar a teoria do bloco de constitucionalidade, capaz de “forçar” a compreensão do novo e mostrar as novas vertentes.

O “bloco de constitucionalidade em sentido restrito” se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal Federal. É formado pela Constituição tida com seus 250 artigos, pelos atos das disposições constitucionais transitórias, por todas as Emendas Constitucionais e por seus princípios implícitos. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 trouxe, de forma incontestável, mais um elemento: os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo mesmo processo da emendas. Esse é o novo parâmetro direto do controle de

constitucionalidade ou, como foi dito, o “bloco de constitucionalidade em sentido restrito.”

Dando ensejo para o alargamento do bloco de constitucionalidade, tem-se:

a) O direito suprapositivo, é compreendido como uma norma hierarquicamente superior ou como uma norma que decorre da interpretação da Constituição, no primeiro caso trata-se de direito supraconstitucional, no segundo caso, trata-se dos princípios implícitos que informam o texto constitucional. A nomenclatura suprapositividade, portanto, refere-se não a extensão em decorrência de uma interpretação que se lhe faça, mas como algo que está acima das regras da positividade do texto constitucional. Somente integra o parâmetro, se entendido, como o meio de revelação da Constituição, não sendo, neste caso pertinente a nomenclatura de direito suprapositivo, mas interpretação extensiva.

b) A EC n.º 45/2004 incorporou o § 3.º ao artigo 5.º da CF/88, que define um procedimento legislativo especial para possibilitar a incorporação desses tratados aos ordenamento interno como se emendas constitucionais fossem. Numa análise puramente teórica, essa alteração contribuiu para a proteção dos direitos fundamentais, pois abriu caminho para dar a um tratado *status* de norma constitucional e, por conseguinte, criou a possibilidade de esses direitos serem recebidos como cláusulas pétreas no ordenamento interno.

c) As normas infraconstitucionais não possuem supremacia constitucional, como estabeleceu a Constituição de 1988, por isso não podem integrar o bloco de constitucionalidade.

d) O bloco de constitucionalidade assume uma composição mista, que compreende elementos normativos e factuais. Como ficou assente na jurisprudência do STF, que no controle abstrato de normas não se procede a um simples contraste entre disposição infraconstitucional e a Constituição. Enfim a própria Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, permite que o tribunal decida a causa com conhecimento de todas as suas implicações e repercussões.

e) O direito subsidiário integra o parâmetro para a aferição da constitucionalidade das leis, mas não é um elemento “autônomo” que integra o bloco de constitucionalidade. É a demonstração de um desdobramento lógico do texto constitucional, ou seja, um ordenamento coerente que auxilia a identificação de normas inconstitucionais. É como se o Supremo Tribunal Federal utilizasse, mas não admitisse, pois nem ao menos tem atentado à relevância dos atos normativos subsidiários como parâmetro do controle de constitucionalidade. Utilizando-o, como no caso de lei estadual que invada competência legislativa geral da União, realiza contraste da norma impugnada com ato legislativo federal já editado, como os exemplos no corpo desse trabalho.

Por fim, o bloco de constitucionalidade expande as disposições dotadas de valor constitucional, ampliando, pois, os direitos e as liberdades públicas, abrindo espaço para o crescimento e fortalecimento dos direitos fundamentais do homem.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

ALVES JUNIOR, Luís Carlos Martins. **A teoria da separação de poderes na concepção kelseniana**. Jus Navigandi, Teresina, a. 1, n. 18, ago. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=59>>. Acesso em: 06 maio 2006.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 999, 27 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8153>>. Acesso em: 29 jun. 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6024**: Informações e documentação: numeração progressiva das seções de um documento escrito: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 6028**: Informações e documentação: resumo: apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

_____. **NBR 10520**: Informações e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR 14724**: Informações e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **Normas constitucionais inconstitucionais oriundas do poder constituinte originário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 200, 22 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4724>>. Acesso em: 26 jun. 2006.

BARACHO, José Alfredo Oliveira. **A revisão da constituição francesa de 1958. A permanente procura de uma Constituição modelar**. Revista mexicana de derecho constitucional, [1998?]. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/cconst/cont/3/art/oliveira.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

_____. **Teoria geral da justiça constitucional**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição n.º 04 de 2004 - Ano XXII. Disponível em: <http://200.198.41.151:8080/tribunal_contas/2004/04/-sumario?next=1>. Acesso em: 10 jan. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Controle abstrato de constitucionalidade: elementos materiais e princípios processuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria do ordenamento jurídico: uma concepção euclidiana**. Uma demonstração geométrica da pirâmide de Kelsen. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 403, 14 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5552>>. Acesso em: 11 ago. 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRAGA, Carlo Fabrizio Campanile. **Concretização da constituição: a nova hermenêutica e a crítica do Direito a serviço da resistência constitucional**. Disponível em: <http://www.fes.br/revistas/agora_juridica/ojs/files/2005/AGJ-2005-1.doc>. Acesso em: 28 jun. de 2006.

BUSTO, Cristiano V. Fernandes. **A hierarquia da Lei Complementar e da Lei Ordinária no ordenamento jurídico e o controle de constitucionalidade quando conflitantes**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 2, nº 82. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=302>>. Acesso em: 9 jun. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Lúcia Cunha de. **Como elaborar a monografia de final de curso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Papel do Juiz na efetivação dos Direitos humanos**. [2004]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato_juiz.html>. Acesso em: 26 jun. 2006.

COUTINHO, Júlio Aurélio Moreira. **A ADIn 595/ES e os novos parâmetros de constitucionalidade**. [2005]. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/mossoroNoticias.php?noticia=not_06.11.05>. Acesso em: 09 jan. 2006.

DIAS, João Pedro Simões. **Pode um tratado ser uma constituição?** [2005]. Disponível em: <pwp.netcabo.pt/jpdias/Artigo%20-%20Pode%20um%20tratado%20ser%20uma%20constituicao.pdf> - Resultado Adicional →. Acesso em: 10 jan. 2006.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ BISNETO, Atahualpa. **A constituição, a lei, a "norma injusta" e o operador do Direito**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, n.º 183. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1365>> Acesso em: 27 jun. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional Comparado: O poder constituinte**. São Paulo: Ed. da Universidade Federal de São Paulo, 1974.

FRANCISCO, José Carlos. **Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais**. [2005]. Disponível em: <<http://www.smithedantas.com.br/texto/bloco.doc>>. Acesso em: 06 jan. 2006.

GALLO, Ronaldo Guimarães. **Mutação constitucional**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 17 jul. 2006.

GONÇALVES, Arnaldo Manuel Abrantes. **Norberto Bobbio: perfil intelectual do jurista e do teórico da democracia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1102, 8 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8615>>. Acesso em: 25 jul. 2006.

HERTEL, Daniel Roberto. **Reflexos do princípio da isonomia no direito processual**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 761, 4 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7112>>. Acesso em: 29 jun. 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução e notas de Gilmar Ferreira Mendes. [1999]. Disponível em: <<http://br.geocities.com/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2006

JOSINO NETO, Miguel. **O bloco de constitucionalidade como fator determinante para a expansão dos direitos fundamentais da pessoa humana**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3619>>. Acesso em: 02 dez. 2005.

KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la constitución**. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 54. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=31>>. Acesso em: 6 maio 2006.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Diego Filipe. **A natureza do controle de constitucionalidade formal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do vício formal de iniciativa e a sanção do poder executivo**. Sociedade brasileira de direito público. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=5>. Acesso em 14 de jun. de 2006.

MAMAN, Jeannette Antonios. **Fenomenologia existencial do direito: crítica do pensamento jurídico brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARQUES, Mario Osório. **Escrever é preciso**. 4. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, cidadania e educação. Uma nova concepção introduzida pela Constituição Federal de 1988**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2074>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

_____. **Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e sua Incorporação no Ordenamento Brasileiro**. [2004]. Disponível em: <<http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud13/tratados.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização por Eurico de Andrade Azevedo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELO, Carolina de Campos. **O bloco da constitucionalidade e o contexto brasileiro**. Revista Direito, Estado e Sociedade n.º 15. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/direito/revista/online/rev15_carolina.html>. Acesso em 01 dez. de 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MESQUITA, Daniel Augusto. **Incorporação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ao Ordenamento Jurídico Brasileiro: Interpretação da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal e Consequências da Emenda Constitucional 45/2004 na Proteção dos Direitos Fundamentais**. Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, agosto de 2005. Disponível em: <www.idp.org.br/caderno_virtual/caderno_virtual12/doutrina/daniel.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é Povo?** A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NALINI, José Renato (Coord.). **Uma nova ética para o juiz.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **A moderna interpretação constitucional.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 28 jun. 2006.

OLIVEIRA, Maria Marly de. **Como fazer: projetos, relatórios, monografias, dissertações e teses.** 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

ROCHA, Zélio Maia da. **O Direito Constitucional e o Novo Tratado Internacional.** 27/09/2005. Disponível em:

<http://www.vemconcursos.com.br/ensino/index.phtml?page_autor=67>. Acesso em: 08 nov. de 2005.

_____. **Incidente de deslocamento de competência para o julgamento de condutas violadas dos direitos humanos - Emenda 45 de 08 de dezembro de 2004.** 16/08/2005. Disponível em: <http://www.vemconcursos.com/opinioao/index.phtml?page_id=1831>. Acesso em: 26 jun. 2006.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. **Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 29 jun. 2006.

SALDANHA, Douglas Morgan Fullin. **Controle de constitucionalidade no direito comparado.** Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7141>>. Acesso em: 06 maio 2006.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do novo constitucionalismo.** Revista eletrônica de direito do Estado, n. 04 – outubro/novembro/dezembro de 2005, Salvador. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Alexandre Vitorino. **O desafio das ações afirmativas no direito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3479>>. Acesso em: 29 jun. 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve história do controle de constitucionalidade**. [2002]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo34.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

_____. **Texto, norma e valor – a evolução na Constituição brasileira de 1988**. Academia brasileira de direito processual civil, [2001?]. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/textos/artigos/Artigo%2033%20formatado.doc>>. Acesso em: 11 jan. 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SOUSA, Jailson Leandro de. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: questões em torno da lei n.º 9.882/99**. Esmafe: Escola de magistratura federal da 5.º região. Disponível em: <[www.esmafe.jfjb.gov.br/pdf_esmafe/ARGÜIÇÃO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%](http://www.esmafe.jfjb.gov.br/pdf_esmafe/ARGÜIÇÃO%20DE%20DESCUMPRIMENTO%20)>. Acesso em: 20 jan. 2006.

TOSCANO, Mônica Martins. **Dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por ação e por omissão**. Cadernos da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. Caderno II. Disponível em: <<http://www.ufpa.br/posdireito/caderno2/texto7.html>>. Acesso em: 15 maio de 2006.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexão sobre o jusnaturalismo e o direito contemporâneo**. [2002]. Disponível em: <http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/11_Artigo.html#485020>. Acesso em: 24 jun. 2006.

ANEXOS

ADIn e Perda de Objeto (Transcrição)

ADIn 595-ES*

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCIONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA.

- A definição do significado de bloco de constitucionalidade - independentemente da abrangência material que se lhe reconheça - reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.

- A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo - ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) - a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes.

DECISÃO: A douta Procuradoria-Geral da República propõe o reconhecimento, na espécie, da ocorrência de situação caracterizadora de prejudicialidade deste processo de controle normativo abstrato, eis que, após o ajuizamento da presente ação direta, registrou-se modificação de paradigma, derivada da superveniência da EC nº 19/98, que introduziu substancial alteração nas cláusulas de parâmetro alegadamente desrespeitadas pelo ato normativo ora impugnado (fls. 65/67).

Passo a apreciar a questão suscitada pela douta Procuradoria-Geral da República, concernente à alegada configuração de prejudicialidade da presente ação direta, motivada pela superveniente alteração da norma de parâmetro, que foi invocada, no caso, como paradigma de confronto e de aferição da suposta inconstitucionalidade da norma ora impugnada.

O exame dessa questão impõe algumas reflexões prévias - que reputo imprescindíveis - em torno dos fins a que se destina o processo de fiscalização normativa abstrata, tal como delineado em nosso sistema jurídico.

Como se sabe, o controle normativo abstrato qualifica-se como instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem constitucional vigente.

A ação direta, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, traduz um dos mecanismos mais expressivos de defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem normativa nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República.

O controle concentrado de constitucionalidade, por isso mesmo, transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo (RTJ 126/48, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RTJ 153/765, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que a decisão emanada desta Corte - ao declarar, in abstracto, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual -

importa em eliminação dos atos estatais eivados de inconstitucionalidade (RTJ 146/461-462, Rel. Min. CELSO DE MELLO), os quais vêm a ser excluídos, por efeito desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados (RTJ 161/739-740, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Esse entendimento - que tem suporte em autorizado magistério doutrinário (CELSO RIBEIRO BASTOS, "Curso de Direito Constitucional", p. 326, item n. 4, 11ª ed., 1989, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, "Direito Constitucional", p. 614, item n. 10.9, 10ª ed., 2001, Atlas, v.g.), e que se reflete, por igual, na orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (RT 631/227) - permite qualificar, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de defesa da Constituição, seja relativamente ao legislador, seja, ainda, em face das demais instituições estatais, pois a Corte, ao agir nessa específica condição institucional, desempenha o relevantíssimo papel de "órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional" (J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 809, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra).

Torna-se necessário enfatizar, no entanto, que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal - tratando-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade - apenas admite como objeto idôneo de controle concentrado as leis e os atos normativos, que, emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tenham sido editados sob a égide de texto constitucional ainda vigente.

O controle por via de ação, por isso mesmo, mostra-se indiferente a ordens normativas inscritas em textos constitucionais já revogados, ou que tenham sofrido alterações substanciais por efeito de superveniente promulgação de emendas à Constituição.

É por essa razão que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte tem advertido que o controle concentrado de constitucionalidade reveste-se de um só e único objetivo: o de julgar, em tese, a validade de determinado ato estatal contestado em face do ordenamento constitucional, ainda em regime de vigência,

pois - conforme já enfatizado pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 95/980 - RTJ 95/993 - RTJ 99/544 - RTJ 145/339) -, o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, quando deduzida, in abstracto, não deve considerar, para efeito do contraste que lhe é inerente, a existência de paradigma revestido de valor meramente histórico.

Vê-se, desse modo, que, tratando-se de fiscalização normativa abstrata, a questão pertinente à noção conceitual de parametricidade - vale dizer, do atributo que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de paradigma de controle - desempenha papel de fundamental importância na admissibilidade, ou não, da própria ação direta, consoante já enfatizado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADI 1.347-DF (Medida Cautelar), Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Isso significa, portanto, que a idéia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito de relação (JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional", tomo II, p. 273/274, item n. 69, 2ª ed., Coimbra Editora Limitada) - que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia - torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, in abstracto, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática.

A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração

torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.

No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar - distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico - que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657).

É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa JORGE XIFRA HERAS ("Curso de Derecho Constitucional", p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar - quer elastecendo-as, quer restringindo-as - as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema:

“Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.

Na perspectiva (1), o parâmetro da constitucionalidade (=normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global.” (grifei)

Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade - tal como este é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNCIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, in Revista de Informação Legislativa nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.) -, pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade.

Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica.

Vê-se, pois, até mesmo em função da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD), que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental.

Dessa relação de caráter histórico-temporal, exsurge a identificação do parâmetro de controle, referível a preceito constitucional, ainda em vigor, sob cujo domínio normativo foram produzidos os atos objeto do processo de fiscalização concentrada.

Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal).

Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem - a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro (LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, "El bloque de la constitucionalidad", p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 712, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra, v.g.) - torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vigência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor.

É por tal razão que, em havendo a revogação superveniente da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação da ação direta, que, anteriormente

ajuizada, fundava-se na suposta violação do parâmetro constitucional cujo texto veio a ser suprimido ou substancialmente alterado.

Bem por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, tem proclamado que tanto a superveniente revogação global da Constituição da República (RTJ 128/515 - RTJ 130/68 - RTJ 130/1002 - RTJ 135/515 - RTJ 141/786), quanto a posterior derrogação da norma constitucional (RTJ 168/436 - RTJ 169/834 - RTJ 169/920 - RTJ 171/114 - RTJ 172/54 - ADI 296-DF - ADI 512-PB - ADI 1.137-RS - ADI 1.143-AP - ADI 1.300-AP - ADI 1.885-DF-Questão de Ordem - ADI 1.907-DF-Questão de Ordem), por afetarem o paradigma de confronto, invocado no processo de controle concentrado de constitucionalidade, configuram hipóteses caracterizadoras de prejudicialidade da ação direta, em virtude da evidente perda de seu objeto:

“II - Controle direto de constitucionalidade: prejuízo. Julga-se prejudicada, total ou parcialmente, a ação direta de inconstitucionalidade no ponto em que, depois de seu ajuizamento, emenda à Constituição haja abrogado ou derogado norma de Lei Fundamental que constituísse paradigma necessário à verificação da procedência ou improcedência dela ou de algum de seus fundamentos, respectivamente: orientação de aplicar-se no caso, no tocante à alegação de inconstitucionalidade material, dada a revogação primitiva do art. 39, § 1º, CF 88, pela EC 19/98.” (RTJ 172/789-790, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

Cumprе ressaltar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial reflete-se no próprio magistério da doutrina (CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 225, item n. 3.2.6, 2ª ed., 2000, RT; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade - Conceitos, Sistemas e Efeitos”, p. 219, item n. 9.9.17, 2ª ed., 2001, RT; GILMAR FERREIRA MENDES, “Jurisdição Constitucional”, p. 176/177, 2ª ed., 1998, Saraiva), cuja percepção do tema ora em exame põe em destaque, em casos como o destes autos, que a superveniente alteração da norma constitucional, revestida de parametricidade, importa na configuração de prejudicialidade do processo de

controle abstrato de constitucionalidade, eis que, como enfatizado, o objeto da ação direta resume-se, em essência, à fiscalização da ordem constitucional vigente.

Todas as considerações que vêm de ser expostas justificam-se em face da circunstância de que, posteriormente à instauração deste processo de controle normativo abstrato, sobreveio a Emenda Constitucional nº 19/98, que suprimiu e/ou alterou, substancialmente, as cláusulas de parâmetro, cuja suposta ofensa motivou o ajuizamento da presente ação direta.

A circunstância caracterizadora da prejudicialidade desta ação direta, em decorrência da razão mencionada na presente decisão, autoriza uma última observação: no exercício dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos a esta Corte, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Cumprе аcentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (Ag 159.892-SP (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 563-DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593-GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207-AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215-PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já

assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro “não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta” (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, como razão de decidir, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo prejudicada a presente ação direta, por perda superveniente de objeto.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2002.

Ministro

Relator CELSO DE MELLO

* decisão publicada no DJU de 26.2.2002

Assessora responsável pelo Informativo

Maria Ângela Santa Cruz Oliveira

informativo@stf.gov.br